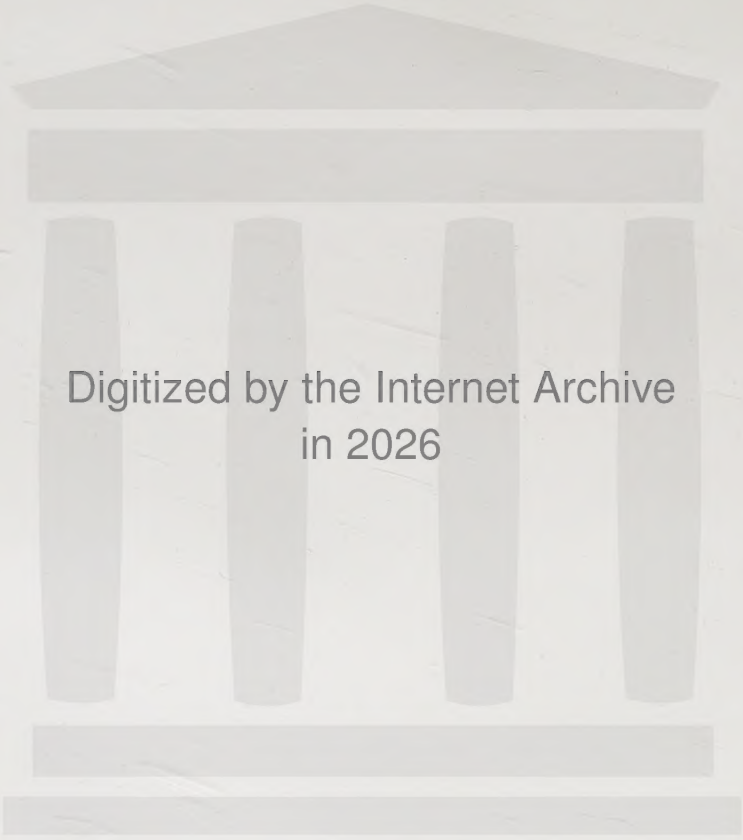
Die Herabsetzung der Vertragsstrafe durch den Richter.

Nicolai Redlefsen.

1910/11


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553620_0056

Die Herabsetzung der Vertragsstrafe durch den Richter.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Nicolai Redlefsen,
Referendar in Altona.

Malente-Gremsmühlen
Buchdruckerei Ernst Stegelmann

Referent: Professor Dr. Matthiaß.

Meinen lieben Eltern!

Literatur.

1. Lehrbücher, Kommentare usw.

Bendix, Das deutsche Privatrecht auf grund des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Abt. 1898.

Böger, Der selbständige Strafvertrag im Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs. Rostocker Diss. 1908.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Band. 5. Aufl. 1909.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Aufl. 1896.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des deutschen Reichs und Preußens. 1. Abt. 3. Aufl. 1905.

Drabig, Kann die im Statut einer Aktiengesellschaft festgesetzte Vertragsstrafe vom Richter ermäßigt werden? Jenenser Diss. 1907.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1. Band 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. u. 5. Aufl. 1. Band, 1. Abt. 1909; 2. Abt. 1910.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch. 1. Band. 2. Aufl. 1903.

Habicht, Die Einwirkung des bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 2. Aufl. 1900.

Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Vorträge. 1898.

Hausmann, Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894. 1894.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Band 1903.

Höhne, Die gesetzliche Regelung der Raten- und Abzahlungsgeschäfte. 1891.

Hoffmann-Wilke, Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte. 2. Aufl. 1901.

Kisch, Beiträge zur Urteilslehre. 1903.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Band. 1906.

von Landmann, Kommentar, zur Gewerbeordnung für das deutsche Reich. 2. Band. 5. Aufl. 1907.

Langheineken, Der Urteilsanspruch. 1899.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäftes nach geltendem Recht und nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.

Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften. 2. Band. 1904.

Mankiewicz, Die richterliche Ermäßigung einer im Statut einer Aktiengesellschaft festgesetzten Vertragsstrafe. Leipziger Diss. 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 5. Aufl. 1910.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 2. Band. 2. Aufl. 1896.

Müller u. Meikel, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs. 1. Band. 2. Aufl. 1904.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 1. Band. 5. Aufl. 1909.

Örtmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1910.

Pinner, Das deutsche Aktienrecht. 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 2. Band. 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Band. 1897.

Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 2. Band. 1903.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. 1900.

Seeliger, Das richterliche Ermäßigungsrecht nach § 343 B. G. B. Göttinger Diss. 1905.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.

Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Sirey, Code civil, 4. édition. Tome deuxième. 1901.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1. Band 1906.

v. Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 2. Band, 1901 von Mayring; 2. Band, 1. Teil, 3. u. 4. Aufl. 1907 von Kuhlenbeck.

Steinert, Der Ersatz eines immateriellen Schadens, insbesondere nach B. G. B. Erlanger Diss. 1899.

Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages. 4. Band. 1889.

Wendt, Die selbständigen Strafversprechen des § 343 Abs. 2. B. G. B. Rostocker Diss. 1903.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Band. 9. Aufl. 1906.

Wirtz, Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe. Leipziger Diss. 1908.

Zitelmann, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs: Allgemeiner Teil. 1900.

2. Zeitschriften und Entscheidungen.
(mit Abkürzungen.)

Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden. (Sächs. Ann.)

Archiv für zivilistische Praxis.

Hartmann, Der Civilgesetzentwurf, das Äquitätsprinzip und die Richterstellung. Band 73, S. 309 f. 1888.

Badische Rechtspraxis (Bad. Rpr.).

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts von Gruchot. (Gruchots Beitr.)

Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. Band 44, S. 65 f. 1900.

Blätter für Rechtsanwendung. (Bl. f. RA.)

Geiershöfer, Richterliches Ermäßigungsrecht bei Conventionalstrafen. 61. Jahrg. S. 49 f. 1896.

Marcus, Findet § 343 B. G. B. im Falle der Geltendmachung der statutarischen Straffestsetzung einer Aktiengesellschaft aus § 218 Abs. 2 H. G. B. Anwendung? 70. Jahrg., S. 83 f. 1906.

Blätter für Rechtsanwendung im Bezirk des Kammergerichts. (KG-Bl.)

Marcus, Über die Geltendmachung des Rechts des Schuldners auf richterliche Ermäßigung in den Fällen §§ 343, 655 B. G. B. 11 Jahrg., S. 18. 1900.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Deutsche Juristen-Zeitung. (Jur. Z.)

Cohn, Das Recht des Handlungsgehilfen auf Herabsetzung von Vertragsstrafen. 1897, S. 443 f.

Wolf, Herabsetzung der Vertragsstrafe bei Abzahlungsgeschäften. 1901, S. 554 f.

Entscheidungen des Reichsgerichts (RG) in Zivilsachen (ERG).

Das Gewerbegericht (Gew.G.).

Hanseatische Gerichtszeitung. Beiblatt, Zivilrechtliche Fälle. (Hans. G. Z.).

Jahrbücher für Württembergische Rechtspflege. (Württ. J.)

Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Kahn, Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht; Band 39, S. 1 f. 1898.

Juristische Wochenschrift (Jur. W.).

Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen. (Els. L. Z.)

Justizdienstliche Rundschau.

Burghardt, Die Vertrags- oder Konventionalstrafe. 1904, S. 99. f.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. (Leipz. Z.)

Schneider, Über Vertragsstrafen im Versicherungsrechte. 1. Jahrgang, S. 261 f. 1907.

Das Recht.

Hölder, Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe. 1900, S. 161 f.

Marcus, Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe nach B. G. B. 1900, S. 214.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG) auf dem Gebiete des Civilrechts. (OLGR)

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.

Fuld, Die Vertragsstrafen nach B. G. B. 1899, S. 337 f.

Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht (Sächs. Arch.)

Zeitschrift für deutschen Civilprozeß von Busch. (Buschs Z.)
Kohler, Prozeßhandlungen mit Civilrechtswirkung. Band 29, S. 1 f. 1901.
Hölder, Anspruch und Klagerecht. Band 29, S. 50 f.
Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. (Z. f. HR.)
Lehmann, Die zeitliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des neuen Handelsgesetzbuches. Band 48, S. 1. 1899.
Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.
Köhne, Die Arbeitsordnung vom Standpunkte der vergleichenden Rechtswissenschaft. Band 15, S. 84 f. 1902.

Inhalt.

Seite

Einleitung: Geschichte und Bedürfnis der Herabsetzung von Vertragsstrafen 11

§ 1.

Die Grenzen des Ermäßigungsrechts.

1. Die gesetzlichen Bestimmungen über Herabsetzung von Vertragsstrafen 16
2. Ausschluß der Herabsetzung in besonderen Fällen 19

§ 2.

Der Antrag des Schuldners und das richterliche Urteil.

1. Art des dem Schuldner gewährten Rechtes und des Urteils 24
2. Die Geltendmachung des Rechtes auf Ermäßigung der Strafe 33

§ 3.

Entstehung und Untergang des Rechtes.

1. Die Voraussetzungen für die Entstehung, ... 40
2. Das Erlöschen des Rechtes 46

§ 4.

Über die Anwendbarkeit des § 343 BGB auf Strafverträge, die

1. vor seinem Inkrafttreten entstanden sind 50
2. nach ausländischem Recht geschlossen sind . . . 54

Schluß: Ausdehnung des § 343 Abs. 1 BGB auf verwandte Fälle 57

Einleitung.

Geschichte und Bedürfnis der Herabsetzung der Vertragsstrafen.

Die heutige Rechtsordnung gibt den Parteien grundsätzlich freien Spielraum in der Regelung ihrer Lebensverhältnisse durch obligatorische Verträge; regelmäßig stellt der Staat seine Macht in den Dienst des Gläubigers, wenn dieser auf grund des Vertrages sein Recht gegen den widerspenstigen Schuldner verwirklichen will. Sie staatliche Rechtsordnung hat sich indeß von jeher veranlaßt gesehen, hier gewisse Schranken zu ziehen und unter Umständen dem Gläubiger die weitgehende Unterstützung zu versagen. Im geltenden Recht ist als wichtigste Bestimmung zur Beschränkung der Vertragsfreiheit der — übrigens nicht nur auf Schuldverträge anwendbare — § 138 BGB zu nennen, der jedes Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, für nichtig erklärt. Daneben enthält das Gesetz noch eine Reihe von Sondervorschriften für solche Gebiete, wo sich Mißstände gezeigt haben, für die die allgemeinen Bestimmungen nicht ausreichen. So hat man in neuerer Zeit auch sein Augenmerk auf die Bekämpfung übermäßig hoher Vertragsstrafen gerichtet.

In früheren Jahrhunderten ist ein Bedürfnis, den Schuldner vor Ausbeutung durch unverhältnismäßige Vertragsstrafen zu schützen, kaum hervorgetreten. Die Gefahr, daß der Schuldner sich seinen vertraglichen Verpflichtungen entziehen werde, wird früher geringer gewesen sein, da er auf dem wenig umfangreichen Wirtschaftsgebiet vor einer Minderung seines geschäftlichen Rufes sich besonders hüten mußte. Ferner mag vielfach ein näheres persönliches Verhältnis der Beteiligten zu einander bestanden haben als heute, so daß auch aus diesem Grunde der Schuldner seiner Verbindlichkeit nachzukommen sich bestrebte und der Gläu-

biger seinerseits sich scheute, durch Ausbedingen selbst einer mäßigen Strafe ein gewisses Mißtrauen gegen seinen Gegner zu zeigen. Vertragsstrafen sind endlich zu einem großen Teile mit Dienstverträgen verbunden, die früher wegen der ohnehin bestehenden Abhängigkeitsverhältnisse selten waren. Deshalb ist anzunehmen, daß Vertragsstrafen früher nicht häufig vorgekommen sind oder wenigstens eine übertriebene Höhe meist nicht erreicht haben.

Im römischen Recht unterlag die Höhe der Vertragsstrafe freier Vereinbarung; nur durfte die für den Fall der Verzögerung einer Geldzahlung vereinbarte Strafe den gesetzlichen Zinshöchstbetrag nicht übersteigen.[1]) Im älteren gemeinen Recht wurde die Regel, daß der Schadensersatz das doppelte des Interesses nicht übersteigen dürfe,[2]) auch auf die Vertragsstrafe ausgedehnt. Später hielt man dies jedoch für eine mißverständliche Auslegung der Quellen, und es bildete sich der Grundsatz aus, daß eine Vertragsstrafe wegen unverhältnismäßiger Höhe allein niemals gegen die guten Sitten verstoße, also in vollem Umfange wirksam sei[3])

Die meisten neueren Gesetzbücher treten in Gegensatz zum römischen Recht und suchen eine zu erhebliche Übervorteilung des Schuldners zu verhindern. Das allgemeine Landrecht[4]) bestimmte, daß eine übermäßig hohe Vertragsstrafe auf den doppelten Betrag des schätzbaren und wirklich auszumittelnden Interesses zu ermäßigen sei. Ferner durften Zinsen von der Strafe oder Strafen für Nichtentrichtung der Strafe nicht bedungen werden und bei Darlehen Strafen statt der Zinsen oder Strafen und Zinsen über das Maß der gesetzlichen Zinsen nicht hinausgehen. Die letztère Vorschrift galt seit 1807 auch im Gebiet des französischen Rechts. Der code civil setzt daneben im Artikel 1231 ein richterliches Herabsetzungsrecht für Vertragsstrafen fest, wenn sie wegen teilweiser Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit verfallen sind, der Schuldner also wenigstens zum Teile seiner Verpflichtung nachgekommen ist. Ausgeschlossen ist mithin die Herabsetzung sowohl dann, wenn der Schuldner gar nicht erfüllt hat, als auch dann, wenn er seine Leistung verzögert und für diesen Fall die Strafe versprochen hat. Allerdings kommt die Verwirkung der Strafe bei unvollständiger Erfüllung am häufigsten vor, und gegen zu hohe Verzugszinsen hat das Gesetz

[1]) l. 13 § 26 D. 19,1 und l. 44 D. 22,1.
[2]) l. un. C. 7, 47.
[3]) RG in Jur. W. 1893, S. 206.
[4]) I, 5 § 301 f. und 11 § 825, 826.

von 1807 Vorsorge getroffen. Das französische Recht besitzt außerdem vor dem preußischen den Vorzug, daß es dem Richter bei der Prüfung der Angemessenheit freie Hand läßt, ihm also insbesondere den Betrag nicht vorschreibt, auf den er zu erkennen hat und der nicht immer eine billige Entschädigung darstellt.

Das sächsische BGB.[5]) überließ die Festsetzung der Strafhöhe grundsätzlich dem Übereinkommen der Parteien. Es machte nur, wie bereits das römische Recht, die Einschränkung, daß eine wegen verspäteter Entrichtung einer Geldschuld versprochene Strafe mit Einschluß der etwa versprochenen Zinsen den Betrag der Zinsen nicht übersteigen dürfe, welcher vom Gesetz als Höchstmaß zugelassen sei. Diese Bestimmung wurde aber schon gegenstandslos durch ein sächsisches Gesetz aus dem Jahre 1864 und das Bundesgesetz vom 14. November 1867, das für das ganze Bundesgebiet die Höhe der bei Darlehen und gestundeten Geldforderungen zu leistenden Zinsen und Vertragsstrafen der freien Vereinbarung der Beteiligten unterwarf. Das letztere Gesetz war ein Zeichen der damaligen Zeitrichtung, die den Verkehr von allen Fesseln befreien wollte, damit freilich den schlimmsten Wucher freigab. Die neue Strömung kam auch in der Vorschrift des alten Handelsgesetzbuches, daß hinsichtlich der Höhe der Vertragsstrafe den Parteien keine Schranken gesetzt seien, zum Ausdruck. Immerhin blieb für solche Rechtsgebiete, die vom Handelsgesetzbuch und dem Bundeszinsengesetz nicht ergriffen wurden, das Landesrecht weiterhin maßgebend, sodaß in diesem Umfange Strafen noch vom Richter ermäßigt werden konnten.

Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches schloß sich, wie in so vielen Fällen, so auch in der Frage, ob übermäßige Vertragsstrafen staatliche Anerkennung verdienten, dem gemeinen Rechte an; den Verfassern erschien es angezeigt, nur gegen wucherische Verträge einzuschreiten und auf eine besondere Bestimmung zur Bekämpfung übertriebener Vertragsstrafen zu verzichten.[6]) Der Standpunkt des Entwurfes fand jedoch fast einstimmige Ablehnung, und aus weiten Kreisen erhob sich der Ruf nach einer Ergänzung.[7]) Auch auf dem 20. deutschen Juristentage, wo die Frage eingehend erörtert wurde, wurde eine solche von der Mehrzahl lebhaft befürwortet.

[5]) § 1430.
[6]) Motive II, S. 278.
[7]) vgl. Hartmann, S. 379, f.

Den Gegnern des Herabsetzungsrechts ist zuzugeben, daß von der Regel, daß jeder für sein Wort einstehen muß, nicht ohne wichtige Gründe abgewichen werden darf. Mit Recht wurde auch geltend gemacht, daß die Gegenwart die Beseitigung möglichst aller altüberkommener Fesseln verlange und die Parteien in der Lage sein müßten, nach freiem Ermessen, je nach Angebot und Nachfrage ihre gegenseitigen Beziehungen zu regeln. Was die Strafverträge anlangt, so haben aber im Wirtschaftsleben, vor allem bei Dienstverhältnissen sich Mißstände gezeigt, die eine Ausnahme rechtfertigen. Es handelt sich dabei weniger um den Schutz der Unerfahrenheit des Schuldners. Bei dem Fortschritt der Bildung wird er heute regelmäßig darüber im klaren sein, welche Folgen eine Verpflichtung für ihn haben kann. Es mag auch wahr sein, daß heute, wo durch Zuerkennung des allgemeinen Wahlrechts jeder erwachsene Bürger zur Teilnahme an der Gesetzgebung für reif erklärt ist, er auch privatrechtlich für befähigt angesehen werden muß, seine Angelegenheiten ohne staatliche Bevormundung zu besorgen. Dies ist aber nicht der springende Punkt. Die Härte liegt vielmehr darin, daß der Schuldner, der sich unter einer gewissen Bedingung einer Strafe unterwirft, durchweg die Tragweite seiner Handlung wohl überblickt, aber durch seine wirtschaftliche Stellung genötigt ist, mit einem ihm überlegenen Gläubiger einen Vertrag einzugehen, und von diesem die Bedingungen sich vorschreiben lassen muß. Notlage oder die vielleicht leichtsinnige Erwartung, es werde zum Verfall der Strafe nicht kommen, sind die Beweggründe, die den Schuldner in der Regel zum Abschluß des für ihn gefährlichen Vertrages veranlassen. Die Parteien treten sich mit ganz ungleichen Waffen gegenüber; es ist deshalb zu billigen, wenn der Staat dem schwächeren Schuldner im wirtschaftlichen Kampfe helfend zur Seite tritt, um ihn vor zu weitgehenden Übervorteilungen zu schützen. Die Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB greift deswegen meist nicht ein, weil in den in Frage kommenden Fällen auf seiten des Gläubigers eine Absicht, den Gegner zu bewuchern, regelmäßig nicht vorliegt, von einer Ausbeutung der Lage des Schuldners somit nicht die Rede sein kann.

Da also die Fürsorge für den Schuldner sich als ein Bedürfnis erwiesen hat, so ist es nicht angebracht, über das in einigen Landesrechten anerkannte Ermäßigungsrecht von längst überholten Resten einer bevormundenden Privatrechtsordnung, die baldigst abzustreifen seien, zu sprechen. Es ist vielmehr ein gesunder Gedanke, der in diesen Rech-

ten zum Ausdruck gekommen ist und nur besserer Ausgestaltung bedarf. Vor allem ist die vom A. L. R. vertretene Auffassung zu verwerfen, daß die Strafe lediglich als Schadenersatz anzusehen sei; sie hat auch den Zweck, dem Gläubiger für den Wortbruch des Schuldners eine Genugtuung zu gewähren.

Handelt es sich nun bei der Vertragsstrafe um eine wirkliche Strafe, deren Höhe der Schwere des Vergehens anzupassen ist, so erscheint es ganz zweckentsprechend, wenn dem Richter als unparteiischem Organ die Prüfung übertragen wird, ob nicht der Gläubiger bei Bemessung der Strafe den ihm gesetzten Strafrahmen überschritten habe. Der Zivilrichter erhält damit freilich eine ganz neue Aufgabe. Denn, wie auch das Reichsgericht[8]) einmal ausgesprochen hat, steht dem Prozeßgericht nur die Auslegung und rechtliche Beurteilung des Vertrages zu, nicht dessen Abänderung nach Zweckmäßigkeitsgründen. Dies war auch der Hauptgrund, weshalb man im gemeinen Recht die Minderung einer Leistung durch den Richter für unzulässig erklärte. Von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen und dem Gericht die Befugnis zum Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse zu erteilen, hielt man auch für die Zukunft für äußerst bedenklich.[9]) In der Tat war die Befürchtung, daß das freie Ermessen leicht in Willkür umschlagen könne, daß der Richter von der ihm eingeräumten umfassenden Befugnis zu ausgiebigen Gebrauch machen werde, nicht unbegründet. Da aber infolge der Verschiedenheit der Fälle eine nähere Umschreibung der Voraussetzungen für die Ermäßigung nicht möglich ist, so war es unvermeidlich, dem Richter das Machtmittel uneingeschränkt in die Hand zu geben, wenn man gegen die Mißbräuche erfolgreich ankämpfen wollte. Ein gelegentlicher Fehlgriff des Richters kann auch in Kauf genommen werden, wenn den vielfachen Übertreibungen, zu denen die Vertragsfreiheit auf diesem Gebiet geführt hat, ein Ziel gesetzt wird.

Somit sprechen überwiegende Gründe für die Einführung eines allgemeinen richterlichen Herabsetzungsrechts bei Vertragsstrafen; die zweite Kommission beschloß deshalb eine Ergänzung des Entwurfs in diesem Sinne. Man verlieh damit auch nur dem Rechtsbewusstsein des Volkes Ausdruck, denn die Rechtsprechung war bisher schon immer bestrebt gewesen, auf Umwegen dem bedrängten Schuldner zu Hilfe kommen.

[8]) ERG 31, 100; vgl. auch Geiershöfer 50 und Protokolle 783.
[9]) Vgl. insbes. Verh. d. 20. J. T. 69.

§ 1.

Die Grenzen des Ermäßigungsrechts.

1. Die gesetzlichen Bestimmungen über Herabsetzung von Vertragsstrafen.

Schon vor Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches hat die Reichsgesetzgebung auf beschränktem Gebiet die Ermäßigung zu harter Vertragsstrafen durch den Richter zugelassen. Das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 bestimmt für auf Abzahlung geschlossene Verträge im § 4:

Eine wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen verwirkte Vertragsstrafe kann, wenn sie unverhältnismäßig hoch ist, auf Antrag des Käufers durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Die Herabsetzung einer entrichteten Strafe ist ausgeschlosen.

Nach § 8 soll das Gesetz keine Anwendung finden, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist.

Für die Abzahlungsgeschäfte war eine Abstellung der dort hervorgetretenen Mißstände vor Einführung des B. G. B. dringend geboten. Dieses dehnt nun im § 343 den Schutz der Minderbegüterten gegenüber dem kapitalkräftigen Gläubiger auf alle Rechtsgeschäfte aus. Der Wortlaut des § 343 schließt sich an den erwähnten § 4 an und ergänzt ihn nur dahin, daß bei der Beurteilung der Angemessenheit jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen sei. Dieser Zusatz dürfte freilich schon vor 1900 bei Abzahlungsgeschäften gegolten haben;[1]) praktisch wird die Frage selten geworden sein, da andere als materielle Interessen bei Abzahlungshändlern kaum vorkommen.

Auf dm 20. deutschen Juristentage[2]) wurde angeregt, auch bei Handelsgeschäften eine Ermäßigung von Vertragsstrafen zuzulassen, da die Wuchergesetze gleichsfalls alle Rechtsgeschäfte ergriffen. Der Vorschlag wurde damit begründet, daß eine verschiedene Regelung des Zivil- und Handelsrechts möglichst zu vermeiden sei, und daß nach dem damaligen alten Handelsgesetzbuch eine außerordentlich große Zahl von Rechtsgeschäften unter den Begriff des Handelsgeschäfts falle. Das neue H. G. B. hat dieser Anregung

[1]) Wolf 554.
[2]) Verhandl. 66.

keine Folge gegeben, da es die Handelsgeschäfte auf ein enger begrenztes Gebiet eingeschränkt hat. Nach § 348 findet der § 343 BGB keine Anwendung auf Vertragsstrafen, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen sind. § 351 bestimmt freilich, daß nur Vollkaufleute von dieser Ausnahme betroffen werden sollen. Auf Vertragsstrafen, die von Handlungsgehülfen für Übertretung eines Wettbewerbsverbots zugesagt sind, erstreckt sich die Sondervorschrift des § 348 nicht, da jene keine Kaufleute im Sinne des Gesetzes sind. Um jeden Zweifel unmöglich zu machen, sagt § 75 Abs. 2 HGB nochmals ausdrücklich, daß auch solche Vertragsstrafen der Einschränkung des § 343 BGB unterworfen seien.[3])

Das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte ist als Reichsgesetz gemäß Art. 32 Satz 2 EGBGB und Art. 2 Abs. 2 EGHGB in Kraft geblieben. Da jedoch der im § 4 ausgesprochene Grundsatz im § 343 BGB vollständig enthalten und hier auf alle Rechtsgeschäfte ausgedehnt ist, so wird man auch ohne ausdrückliche Bestimmung die Aufhebung jener Vorschrift annehmen müssen, denn es kann nicht beabsichtigt sein, daß zwei inhaltlich gleiche Gesetze über Ermäßigung von Vertragsstrafen bei Abzahlungsgeschäften nebeneinander bestehen sollen. Die Frage ist von Bedeutung, falls § 343 BGB außer Kraft gesetzt wird; der § 4 des Abzahlungsgesetzes lebt dann nicht von neuem wieder auf.[4])

Eine solche Übereinstimmung des neuen Rechtes mit dem bisherigen Zustande findet sich nicht hinsichtlich der Ausnahme bei von Kaufleuten versprochenen Strafen. Denn während nach § 8 des Abzahlungsgesetzes eine Herabsetzung dann nicht stattfindet, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann ins Handelsregister eingetragen ist, schließt sie das HGB aus, wenn ein Vollkaufmann die Strafe im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen hat. Zweifelhaft ist, welches Gesetz heute für Abzahlungsgeschäfte maßgebend ist.

Nach der alten gemeinrechtlichen Regel „lex posterior generalis non derogat legi priori speciali" müßte man annehmen, daß für Abzahlungsgeschäfte die bisherigen Sonderbestimmungen, also auch der § 8, in Geltung geblie-

[3]) Nach § 1 EGHGB ist der § 75 bereits am 1. Januar 1898 in Kraft getreten. Über die heute gegenstandslose Frage, ob auch § 343 BGB. für die im § 75 genannten Verträge schon damals Geltung erlangt hat, vgl. Cohn a. a. O. und ERG 44, 59.

[4]) vgl. ERG 19, 181.

ben sind. Indeß ist nirgendwo zum Ausdruck gebracht, daß die Auslegung heute noch an diesen Grundsatz gebunden sei; auch eine Vermutung für die Erhaltung solcher Vorschriften besteht nicht. Richtig ist nur, daß die Aufhebung nicht ohne Grund angenommen werden darf, da beide Gesetze wohl miteinander vereinbar sind.[5])

Nicht zutreffend sind die Ausführungen von Wolf, daß im Falle der Aufrechterhaltung des § 8 immer das dem Schuldner günstigere Recht zur Anwendung käme. Freilich würde, wenn ein nicht eingetragener Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes sich zu einer Vertragsstrafe verpflichtet, die Herabsetzung der Strafe nach § 8 zulässig sein. Sie wäre indeß ausgeschlossen, wenn ein eingetragener Minderkaufmann die Zahlung einer Strafe verspricht, und müßte folgerichtig[6]) ebenfalls abgelehnt werden, wenn der Strafvertrag von einem eingetragenen Kaufmann — mag es selbst ein Minderkaufmann sein — außerhalb des Betriebes seines Handelsgewerbes geschlossen ist, da der § 8 hierauf keine Rücksicht nimmt. Jedesmal würde man nach dem HGB zu einem entgegengesetzten Resultat gelangen; es dürfte jedoch vor den nach § 8 des Abzahlungsgesetzes gewonnenen Ergebnissen den Vorzug verdienen.

Der erste Fall dürfte gar nicht so selten vorkommen; man denke an einen jungen Kaufmann, der ein größeres Geschäft eröffnet und anfangs gezwungen ist, auf Abzahlung einzukaufen. Es mag einiges dafür sprechen, ihn eine Zeitlang, bis zur Eintragung in das Handelsregister, vor Übervorteilungen durch übermäßige Strafen zu schützen, allein wenn das Gesetz einmal im Großhandel die Vertragsfreiheit möglichst wenig einengen will und die Vollkaufleute für so geschäftsgewandt hält, Strafverträgen, die ihre Existenz gefährden, aus dem Wege zu gehen, so läßt sich unbedenklich die Behauptung aufstellen, daß auch für Abzahlungsgeschäfte keine Ausnahme mehr gelten soll. Soll andrerseits den Minderkaufleuten die Wohltat des § 343 BGB zu teil werden, so ist es ganz ungerechtfertigt, den zufällig eingetragenen Minderkaufleuten bei Abzahlungsgeschäften den Schutz zu entziehen; grundsätzlich entscheidet eben nicht mehr die Eintragung, sondern der tatsächliche Umfang des Betriebes. Endlich entspricht es auch nicht dem Grundgedanken der neuen Rechtsordnung, daß es für die Beurteilung der Abzahlungsgeschäfte gleichgültig sei,

[5]) Enneccerus § 41 I 3.
[6]) Anders Wolf 554.

ob sie im Betriebe des Handelsgewerbes geschlossen sind oder nicht.

Diese Erwägungen nötigen m. E. zu der Annahme, daß auch der § 8 des Abzahlungsgesetzes am 1. Januar 1900 außer Kraft getreten ist[7]) und auch bei Abzahlungsgeschäften allein das HGB die Frage regeln will, wann bei von Kaufleuten eingegangenen Strafverträgen eine Ermäßigung ausgeschlossen ist. Wenn § 348 HGB nur auf § 343 BGB, nicht auf § 4 des Abzahlungsgesetzes hinweist, so liegt darin kein Gegenbeweis, denn wie wir gesehen haben, ist der § 4 durch § 343 BGB ersetzt.

2. Ausschluß der Herabsetzung in besonderen Fällen.

Auch abgesehen von dem wichtigsten Fall des § 348 HGB kommt § 343 BGB unter gewissen Umständen nicht zur Anwendung. Eine Ausnahme wird nicht durch einen Verzicht des Schuldners vor Verfall der Strafe begründet, gleichgültig, ob er einseitig oder im Wege eines mit dem Gläubiger geschlossenen Vertrages erklärt ist.[8]) Wollte das Gesetz solche Abreden als rechtswirksam behandeln, so würde es sein Ziel, zu schwere Übervorteilungen des Schuldners zu verhüten, regelmäßig verfehlen. Die Vorschrift ist zwingend; daraus folgt auch, daß Vereinbarungen zu ihrer Umgehung nichtig sind, so z. B. ein Vertrag, daß das Geschäft einem ausländischen Recht unterworfen sein solle, das die Herabsetzbarkeit von Vertragsstrafen nicht kennt.

In manchen Fällen erübrigt sich eine Ermäßigung der Strafe durch den Richter, weil das Versprechen infolge des Übermaßes ohne weiteres ganz oder zum Teil nichtig ist. Zunächst ist möglich, daß das Gesetz die Bestärkung von Verträgen durch Strafen über eine bestimmte Höhe verbietet. Dann ist bei Überschreitung der Grenze die Vereinbarung nach § 134 BGB hinsichtlich des Übermaßes nichtig; Nichtigkeit des ganzen Vertrages gemäß § 139 BGB wird kaum jemals anzunehmen sein, da diese wohl nie der Absicht der Parteien entspricht. Im geltenden Recht kommen derartige Fälle nur vereinzelt vor; ein Beispiel bildet der am Schlusse dieses Abschnitts näher besprochene § 134 b der Gewerbeordnung.

[7]) Abweichend die herrschende Ansicht, so Wolf a. a. O., Hoffmann-Wilke zu § 4, Anm. 2, Staub zu § 348, Anm. 29.

[8]) Vgl. § 75 Abs. 3 HGB.; anders die französische Praxis, so Sirey zu Art. 1231.

Häufiger wird der Richter vor die Frage gestellt, ob das Strafversprechen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB in vollem Umfange nichtig sei. Es ist nun durchaus nicht zutreffend, wie gelegentlich behauptet wird, daß die Anerkennung von Verträgen, die eine den mutmaßlichen Schaden des Gläubigers weit übersteigende Strafe festsetzen und die vermögensrechtliche Stellung des Schuldners gefährden, immer unserm Rechtsgefühl widerspricht. Wenn ein Gastwirt sich verpflichtet, 10 Jahre lang seinen gesamten Bierbedarf bei einer bestimmten Brauerei bei Zahlung einer Strafe von 50 Mk. für jedes anderswo gekaufte hl zu decken, so kann, wenn er dessenungeachtet fortgesetzt von anderen Brauereien sein Bier bezieht, der Verfall einer außerordentlich hohen Strafe die Folge sein; es liegt aber kein Grund vor, einen solchen Vertrag als unsittlich und nichtig zu behandeln, weil er den wirtschaftlichen Ruin des Wirtes zur Folge haben kann. Auch dann, wenn der Schuldner nicht mit Sicherheit voraussehen kann, ob er zu ordnungsmäßiger Erfüllung der Hauptverbindlichkeit in der Lage sein werde, und die versprochene Summe vielleicht eine kaum erschwingliche Summe erreicht, wird man nicht sagen können, daß der Strafvertrag den guten Sitten zuwiderlaufe; denn die Parteien bezwecken durch die Abrede grade den Nichteintritt der Bedingung, die Innehaltung des Vertrages, mithin nichts tadelnswertes, nur aus Billigkeitsrücksichten soll, wenn die Strafe verwirkt ist, eine zu schwere Schädigung des Schuldners verhindert werden. So hatte in einem vom OLG Kassel[9]) entschiedenen Rechtsfall eine Partei sich zur Leistung von Holzfuhren innerhalb bestimmter Zeit verpflichtet und bei nicht rechtzeitiger Erfüllung für jedes übernommene Festemeter eine tägliche Strafe von 2 Pf. mit der Maßgabe versprochen, daß für jeden folgenden Tag während des Verzuges die Strafe auf den doppelten Betrag des vorhergehenden Tages sich erhöhen solle. Hier soll der Staat nicht seine Hand dazu bieten, durch Verurteilung des Schuldners zu einer ins ungemessene gestiegenen Strafe dessen wirtschaftliche Existenz zu vernichten. Trotzdem kann dem Gericht nicht zugegeben werden, daß der Vertrag schon deshalb, weil er für den Schuldner erhebliche Gefahren birgt, völlig nichtig sei. Der Umstand, daß die Höhe der Strafe zu der Schwere des Vertragsbruchs in keinem Verhältnis steht, kann, wie es auch die Auffassung des Reichsgerichts[10]) ist, für sich allein die

[9]) OLGR 12, 16 f.

[10]) Jur. W. 1909, 489; ebenso Kammerger. im Recht 1909, Z. 1651.

Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts aus § 138 BGB nicht begründen.

Aber selbst wenn man in solchen Verträgen einen Verstoß gegen die guten Sitten erblickt, muß doch angenommen werden, daß § 343 gegenüber dem § 138 eine Sonderregel enthält; auch ganz unsinnig hohe Strafen bilden eben nur eine Art der unverhältnismäßig hohen Strafen. Allerdings liegt dem § 343 die Absicht zugrunde, dem Schuldner eine über den im § 138 hinausgehende Vergünstigung zu gewähren. Das hindert aber nicht, in den genannten Fällen, wo sich beide Bestimmungen berühren, dem Schuldner den umfassenderen Schutz des § 138 zu versagen: das durch diese Einschränkung gewonnene Ergebnis verdient den Vorzug, da durch die Umwandlung eines sittenwidrigen Vertrages in einen die Grenzen der Sittlichkeit innehaltenden Vertrag, also durch Ausgleich der beiderseitigen Interessen regelmäßig den Bedürfnissen des Erwerbslebens besser Rechnung getragen wird, als durch rücksichtslose Androhung der Nichtigkeit. Nichtigkeit des Vertrages in vollem Umfange wäre aber die notwendige Folge der Anwendung des § 138, eine nur teilweise Vernichtung der Strafabrede läßt sich auf grund dieser Bestimmung nicht erreichen.[11])

Die im vorigen gegebene Auslegung findet auch in der Entstehungsgeschichte des § 343 ihre Bestätigung. Wäre man bei Abfassung des Gesetzes von der Ansicht ausgegangen, daß auffallend hohe Strafen schon wegen der Höhe allein nach § 138 nichtig seien, so würde man sich schwerlich zur Aufnahme des § 343 entschlossen haben. Von den Gegnern der neu einzufügenden Vorschrift wurde auch darauf hingewiesen, daß die allgemeinen Regeln über den Wucher vollkommen genügten. Daraus, daß die zweite Kommission die Einführung des § 343 doch für notwendig hielt, dürfte die Folgerung zu ziehen sein, daß damals nicht die Auffassung herrschte, daß ein großer Teil der Strafverträge schon nach § 138 nichtig sei, denn geringer Übertreibungen wegen hätte man sich nicht über die gewichtigen Bedenken hinweggesetzt, die der Aufnahme der Bestimmung aus prinzipiellen Gründen entgegenstanden.

Die Benachteiligung des Schuldners durch eine übermäßige Strafe reicht also für sich allein noch nicht aus zur Nichtigkeit des Vertrages; ein weiteres Merkmal muß hinzukommen. Das Gesetz hebt im § 138 Abs. 2 einige Fälle von besonderer Bedeutung hervor, die Ausbeutung der Not-

[11]) Vgl. OLG Colmar in Els. L. Z. 1909, 531.

lage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Gegners. Nichtigkeit der Strafabrede tritt ferner ein, wenn der durch sie bestärkte Hauptvertrag die Bewegungsfreiheit des Schuldners in einer die vernünfigen Grenzen überschreitenden Weise einengt und für die geringste Verfehlung eine schwere Strafe festgesetzt ist. Meistens wird dann freilich schon der Hauptvertrag und infolgedessen auch der Strafvertrag unwirksam sein. So hat das Reichsgericht[12]) den Vertrag eines Chemikers mit einem Fabrikunternehmer, durch den jener auf Jahre hinaus auf Schritt und Tritt in seiner persönlichen Freiheit beschränkt wurde und für jede einzelne Übertretung zu einer Vertragsstrafe von 100 000 Mark sich verpflichtete, in vollem Umfange für nichtig erklärt; solche Knebelverträge, wie das Reichsgericht[13]) sie treffend bezeichnet, verdienen keine staatliche Anerkennung. Fallen Strafabreden unter § 138 BGB, so sind sie auch dann nichtig, wenn ein Vollkaufmann die Strafe versprochen hat. Ist sie bereits entrichtet, so kann sie als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden.

Noch nach einer anderen Richtung hin muß das Anwendungsgebiet des § 343 BGB abgegrenzt werden. Gemäß §§ 212, 218 HGB können im Gesellschaftsvertrage einer Aktiengesellschaft „Vertragsstrafen" für den Fall festgesetzt werden, daß die Verpflichtung zu wiederkehrenden Naturalleistungen nicht oder nicht gehörig erfüllt wird oder die Einzahlung eines auf die Aktie eingeforderten Betrages nicht rechtzeitig erfolgt. Es herrscht Streit darüber, ob auch diese Strafen nach 343 BGB ermäßigt werden können. Von Bedeutung ist hier die Frage, ob die Aktiengesellschaft durch einen Vertrag oder durch mehrere nebeneinanderlaufende einseitige Willenserklärungen, also einen Gesamtakt der Gründer zur Entstehung gelange.[14]) Legt man den Vorgang in letzterem Sinne aus, so kann schon aus diesem Grunde von einer Herabsetzung der Strafe keine Rede sein, da § 343 auf einseitige Strafversprechen nicht auszudehnen sein dürfte. Einer näheren Erörterung der Frage bedarf es jedoch nicht, denn ganz abgesehen von der Art der Begründung verbietet der Inhalt des Schuldverhältnisses zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär die Anwendung der genannten Bestimmung.

Im Anschluß an Drabig wird anzunehmen sein, daß die allgemeinen Regeln über Schuldverhältnisse für die Be-

[12]) ERG 68, 229 f.
[13]) Jur. W. 1909, 489.
[14]) Darüber Drabig 32 f.

ziehungen einer Körperschaft zu ihrem Mitgliede als solchem nicht ohne weiteres maßgebend sind. Wie im Staate streng geschieden wird zwischen dem öffentlichen Recht, das die Beziehungen des Staates zu seinen Angehörigen betrifft, und dem Privatrecht, das die Verhältnisse dieser untereinander regelt, so unterliegen besonderen Normen auch die Beziehungen anderer Korporationen, nicht allein der Aktiengesellschaften, zu ihren Mitgliedern, mag ihnen auch nicht eine so überragende Bedeutung zukommen wie dem Staatswesen. Wer sich in einem Staate naturalisieren und dann eine auf Nichtzahlung von Steuern gesetzlich vorgesehene Strafe verfallen läßt, kann nicht geltend machen, daß die Strafe zu seinen Kräften in keinem Verhältnis stehe. Ganz ähnlich ist aber in dem erörterten Fall die Rechtslage des Aktionärs. Die Regeln, die das Rechtsverhältnis zwischen den im Staate bestehenden Vereinen und ihren Mitgliedern ordnen, sind dem öffentlichen Recht verwandt; in erster Linie gelten die Satzung und die im Gesetz enthaltenen Hülfsbestimmungen über das Vereinsrecht. Daneben ist freilich eine analoge Anwendung des § 343 nicht ausgeschlossen, es müssen dazu aber besondere Gründe vorliegen. Bei der Aktiengesellschaft ist die Zulässigkeit zu verneinen, da sowohl die Entstehungsgeschichte dagegen spricht als auch der vom Gesetz verfolgte Zweck, den wirtschaftlich Schwachen zu schützen;[15]) wer die Mittel besitzt, an einem Aktienunternehmen sich zu beteiligen, befindet sich nicht in einer Notlage. Auch der Umstand, daß das Gesetz an den erwähnten Stellen von einer Vertragsstrafe redet, rechtfertigt noch nicht[16]) die Anwendung der über diese im BGB aufgestellten Regeln. Nun unterliegt allerdings das Statut einer Aktiengesellschaft einer derartigen Beaufsichtigung durch das Gericht und die Öffentlichkeit, daß die darin bestimmten Strafen selten eine anstößige Höhe erreichen werden. Die hier behandelte Frage hat deshalb auch noch nicht den höheren Gerichten zur Beurteilung vorgelegen. Das Reichsgericht dürfte jedoch unsern Standpunkt teilen, denn es hat in einer früheren Entscheidung[17]) sich dahin ausgesprochen, daß dem Aktionär als solchem während des Bestehens der Gesellschaft keine weiteren Ansprüche zuständen, als ihm durch das HGB zuerkannt seien.

Mit der Satzung eines Vereins darf nicht die Arbeitsordnung einer Fabrik auf eine Stufe gestellt werden. Diese

[15]) Ebenso Marcus, Bl. f. RA. 70, 83 f.
[16]) Wie Staub zu § 218, Anm. 6 meint.
[17]) ERG 54, 132.

enthält lediglich die Bedingungen, unter denen der Arbeitsvertrag zwischen dem Unternehmer und dem Angestellten geschlossen wird;[18]) droht darum die Arbeitsordnung Strafen an, so sind dies Vertragsstrafen. Trotzdem ist eine Herabsetzung der Strafe mit Rücksicht auf § 134 b der Gewerbeordnung ausgeschlossen. Dort ist bestimmt, daß Geldstrafen für Übertretung der Arbeitsordnung die Hälfte des durchschnittlichen Tagesverdienstes nicht übersteigen dürfen. Es liegen keinerlei Anhaltspunkte vor, die darauf schließen lassen, daß diese Sondervorschrift durch § 343 BGB aufgehoben sein solle.[19]) Vielmehr hat hier das Gesetz selbst die gehörigen Grenzen gezogen und nicht die Beurteilung der Angemessenheit dem Richter überlassen, und da man sich nur unter erheblichen Bedenken zur Einführung des § 343 verstanden hat, so darf das richterliche Ermessen nicht auch da frei schalten und walten, wo das Gesetz bereits in ausreichender Weise für die Einhaltung des richtigen Maßes gesorgt hat. Freilich bleibt die Möglichkeit bestehen, daß Fälle vorkommen, wo die Strafe nicht in gehörigem Verhältnis zur Übertretung steht, weil das Gesetz eben nur einen Strafrahmen gibt und dessen Ausfüllung den Beteiligten überläßt. Dennoch ist nicht anzunehmen, daß innerhalb dieser Grenze noch § 343 Geltung beanspruchen kann, zumal etwaige Ungereimtheiten dadurch ausgeglichen werden, daß nach gesetzlicher Anordnung alle Strafgelder zum besten der Arbeiter der Fabrik verwandt werden müssen. Zudem handelt es sich meist um geringe Beträge; auch spricht die Bestimmung nur von Geldstrafen.

---

§ 2.

Der Antrag des Schuldners und des Urteils.

1. Art des dem Schuldner gewährten Rechtes und des Urteils.

Bei der Beratung des heutigen § 343 HGB in der zweiten Kommission ergaben sich erhebliche Meinungsverschiedenheiten über die Frage, in welcher Weise dem Schuldner

[18]) Vgl. Köhne 115, 124 und von Landmann 340.
[19]) Ebenso Sigel 147.

die als nötig empfundene Hilfe gewährt werden solle. Der einfachste Weg war der, das Strafverfahren hinsichtlich des Übermaßes für unwirksam zu erklären, wie auch von einer Seite vorgeschlagen wurde.[1]) Hiernach wäre die Vereinbarung nur in Höhe des angemessenen Betrages gültig und im übrigen nichtig, ohne daß es einer Erklärung des Schuldners bedürfte; im Prozeß würde der Richter die Nichtigkeit zu beachten haben, auch wenn sie nur aus dem Vortrage des Gläubigers hervorginge. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt. Trotzdem ist von Kohler[2]) die Ansicht vertreten worden, daß auf grund von § 343 BGB die Strafabrede nur, soweit die Summe angemessen sei, zu Recht bestehe und das hierüber entscheidende Urteil zu den Feststellungsurteilen gehöre. Ebenso ist die Auffassung von Wirtz;[3]) dieser glaubt aus § 74 HGB und §§ 315, 319 BGB den Analogieschluß ziehen zu müssen, daß das Strafversprechen, soweit es die vernünftigen Grenzen übersteige, unverbindlich sei, übersieht dabei aber, daß das Gesetz gleichartige Zwecke auf verschiedenen Wegen verfolgen kann. Beide Ansichten scheitern vor allem an dem Wortlaut des 343, denn wenn die Bestimmung von einer v e r w i r k t e n Strafe redet, die h e r a b g e s e t z t werden kann, so geht daraus hervor, daß bis zur Herabsetzung das Strafversprechen in vollem Umfange wirksam ist. Schon im vorigen Abschnitt[4]) ist angedeutet, daß es auch nicht angängig sei, auf grund von § 138 BGB den Strafvertrag hinsichtlich des Übermaßes für nichtig zu erklären und auf diese Art die Prüfung der Angemessenheit von Amtswegen dem Richter zur Pflicht zu machen, denn der § 138 kommt auf dem hier fraglichen Gebiete überhaupt nicht zur Geltung und würde, falls er Anwendung fände, das Rechtsgeschäft in vollem Umfange vernichten.

Als zweite Möglichkeit blieb nur übrig, dem Schuldner ein Recht auf Änderung des bestehenden Rechtszustandes zu verleihen, und zwar entweder in Form eines Anspruchs gegen den Gläubiger auf Erteilung seiner Zustimmung oder durch Einräumung der Befugnis, durch eigene Handlung sich von einem Teile der Verpflichtung zu befreien. Wählt man den letzteren Weg, so sind wieder mehrere Richtungen denkbar, die fast sämtlich in der Kommission ihre Anhänger fanden.

[1]) Protokolle 781, Antrag 3 und 6.
[2]) Buschs Z. 29, 13 f.
[3]) S. 32.
[4]) S. 21.

Zunächst wurde angeregt, den Schuldner zu ermächtigen, die übermäßige Strafe durch eine dem Gläubiger gegenüber abzugebende Erklärung zu mindern.[5]) Zwei Anträge dieses Inhalts wurden aber vor der Abstimmung zurückgezogen. Wären sie, wie Marcus irrtümlich angibt, abgelehnt worden, so hätte daraus doch nicht[6]) geschlossen werden können, daß das Recht des Schuldners nicht als Einrede gestaltet werden sollte, denn Minderungsrecht und Einrede sind nicht gleichbedeutende Begriffe. Ebenso unbegründet ist freilich die Folgerung des OLG Dresden,[7]) daß die Herabsetzung lediglich durch Richterspruch erfolgen könne.

Von Kohler wird heute[8]) im Gegensatz zu seiner früheren, oben mitgeteilten Auffassung behauptet, daß aus § 343 BGB für den Schuldner eine Einrede, d. h. ein Recht zur Verweigerung des über das vernünftige Maß hinausgehenden Betrages abzuleiten sei. Zur Widerlegung dieses von Kohler nicht näher begründeten Standpunktes läßt sich nicht anführen, daß § 343 Abs. 1 Satz 3 eine teilweise Rückforderung der entrichteten Strafe für unzulässig erklärt, während nach der Regel des § 813 BGB das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistete auch dann zurückgefordert werden kann, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde. § 343 könnte von diesem Grundsatze eine besonders hervorgehobene Ausnahme bilden, wie sich eine solche auch im § 222 Abs. 2 BGB findet, wonach das zur Befriedigung einer verjährten Schuld gezahlte nicht zurückverlangt werden kann.[9]) Allerdings bleibt auffällig, daß § 813 die Vorschrift des § 222 ausdrücklich unberührt läßt, den § 343 dagegen nicht erwähnt. In erster Linie ist aber wieder auf die Fassung dieser Bestimmung hinzuweisen. Wenn das Gesetz dem Schuldner eine Einrede gibt, so drückt es sich immer dahin aus, daß er zur Verweigerung seiner Leistung berechtigt sei; dieses Recht verleiht es ihm sicherlich nicht, wenn es ihn in die Lage versetzt, die Ermäßigung der Strafe durch den Richter zu beantragen. Dazu kommt noch, daß in der zweiten Kommission zwei Anträge,[10]) dem Schuldner eine Einrede zuzubilligen, nach reiflicher Über-

[5]) Protokolle 781, Antrag 3 und 6.
[6]) mit Marcus, KG-Bl. 1900, 18.
[7]) Sächs. Ann. 1903, 62.
[8]) Lehrbuch 144, 145.
[9]) Vgl. OLG Dresden a. a. O. gegen Marcus a. a. O.
[10]) Protokolle 781, 782, Antrag 5 und 9.

legung abgelehnt wurden. Sowohl die Entstehungsgeschichte des Gesetzes wie sein Wortlaut entziehen, demnach der Auffassung Kohlers die Stütze.[11])

Eine weitere Möglichkeit, die in Rede stehende Frage zu regeln, bietet die Ansicht von Hölder,[12]) daß das Strafversprechen hinsichtlich des Übermaßes anfechtbar und das nach § 343 BGB ergehende Urteil ein Fesstellungsurteil sei, welches konstatiere, daß der Schuldner zur Anfechtung befugt gewesen und der Vertrag insoweit nichtig sei, als die Strafe den angemessenen Betrag übersteigt. Hiernach ist der Strafvertrag von vorn herein mit einem Mangel behaftet; seine volle Wirksamkeit für die Zukunft ist dadurch bedingt, daß der Schuldner sein Anfechtungsrecht nicht geltend macht. Die herrschende Ansicht[13]) weist indeß auch diese Auslegung zurück und vertritt einen von den bisher als denkbar aufgeführten Meinungen abweichenden Standpunkt; sie sieht das Urteil als ein rechtsgestaltendes an und gibt dem Schuldner nur das Recht, eine Minderung der Strafe durch den Richter zu beantragen.

Die Anschauung Hölders ist nicht schon deshalb hinfällig, weil nur von einem Teile der Verpflichtung Befreiung begehrt wird und der Schuldner mit seinem Verlangen sich an das Gericht wenden muß. Es ist keine Seltenheit, daß eine Anfechtung nur wirksam ist in Verbindung mit einem richterlichen Urteil, das sie für begründet erklärt. Nicht stichhaltig ist auch das Bedenken von Wendt,[14]), der die Annahme eines Anfechtungsrechts nach dem Wortlaut des § 343 für unmöglich hält, weil dem Richter nur die Ermächtigung verliehen sei, auf Antrag des Schuldners die Ermäßigung vorzunehmen, er aber dazu nicht gezwungen werden könne, wie sonst bei Anfechtungsklagen. Diese Erklärung des § 343 dürfte nicht zutreffen; nur dem Schuldner ist freigestellt, ob er die Herabsetzung beantragen will, der einmal angerufene Richter hat nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden.

[11]) Gegen die Annahme einer Einrede auch Marcus a. a. O., Zitelmann 36 und Endemann § 133, Anm. 23.

[12]) Recht 1900, 161 f.; ihm folgend Wirtz 33 f., der damit in Widerspruch zu seiner oben mitgeteilten Auffassung tritt, weil ein Rechtsgeschäft, soweit es ohnehin nichtig ist, nicht noch anfechtbar sein kann.

[13]) Marcus a. a. O., Zitelmann 35, Langheineken, Urteilsanspr. 231, Schollmeyer zu § 343, Anm. 1, Rehbein 241, Hellwig, Lehrbuch 239, Planck zu § 343, Anm. 1, Örtmann zu § 343, Anm. 3a u. a.

[14]) S. 24; ebenso Cosack 393.

Andrerseits kann die Ansicht Hölders für sich einen Vorzug nicht daraus herleiten, daß eine Anfechtung zur Folge hat, daß die Verpflichtung des Schuldners als nie begründet gilt. Allerdings wird im Falle des § 343 ein wenigstens zum Teil rückwirkendes Urteil den Umständen allein gerecht, denn es wäre sinnlos, den in Verzug geratenen Schuldner noch zur Zahlung von Verzugszinsen für den aberkannten Betrag bis zum Tage der Rechtskraft des die Strafe herabsetzenden Urteils heranzuziehen. Aber diese Wirkung läßt sich auch durch ein konstitutives Urteil erzielen. Wenn dem Gericht die Befugnis zugesprochen werden kann, in bestehende Rechtsverhältnisse neugestaltend einzugreifen, so ist auch die Möglichkeit gegeben, die Rechtsänderung ganz oder teilweise nicht erst mit der Rechtskraft des Urteils eintreten zu lassen, sondern sie auf einen früheren Zeitpunkt zurückzubeziehen. Die Auffassung Hölders wird auch nicht dadurch unterstützt, daß bei Annahme eines Feststellungsurteils zur Erhebung der Klage ein rechtliches Interesse erforderlich ist, denn dies ist nur eine Folgerung seiner Theorie, aus der nicht rückwärts auf die Natur des dem Schuldner zustehenden Rechtes und des Urteils geschlossen werden darf. Ohne Bedeutung für unsere Frage[15]) ist auch der § 741 HGB, wonach der Vertrag, der während der Gefahr über die Höhe des Berge- und Hilfslohns geschlossen ist, wegen erheblichen Übermaßes der zugesicherten Vergütung angefochten und Herabsetzung der letzteren auf das den Umständen entsprechende Maß gefordert werden kann. Die dort genannte Anfechtung ist nicht im Sinne von § 142 BGB gemeint,[16]) sondern hat im wesentlichen nur die Bedeutung einer Rüge. Zudem kommt es hier lediglich auf den anders lautenden § 343 BGB an.

Gegen Hölder ist in erster Linie anzuführen, daß nur beim Vorliegen besonderer Gründe angenommen werden darf, daß das Verlangen des Schuldners in Verbindung mit dem Urteil die Nichtigkeit des Strafvertrages hinsichtlich des Übermaßes zur Folge habe. Da es hier an solchen fehlt, muß man sich für die schwächere Wirkung entscheiden: nicht der Abschluß des Vertrages wird bemängelt, sondern das gültig entstandene Schuldverhältnis durch Richterspruch teilweise zum Erlöschen gebracht. Es handelt sich um einen Zwangserlaß, der sein Gegenstück in dem Zwangsvergleich des Konkursrechts findet. Auffällig ist ferner, daß sich das Gesetz nicht, wie sonst immer, des Wortes

[15]) Anders Wirtz 37.
[16]) So auch ERG 51, 236 f.

„Anfechtung" bedient, auch nicht mit einer einfachen Erklärung des Schuldners sich begnügt, daß er seine Zahlungspflicht teilweise verneine, sondern einen Antrag an das Gericht verlangt. Eine Erklärung gegenüber dem Gläubiger ist weder ausreichend noch erforderlich; dieser ist zwar der betroffene, ihm gegenüber hat der Schuldner aber kein Recht zur Ermäßigung.[17]) Der Antrag kann nach der Fassung des § 343 gar keinen andern Inhalt haben, als eine Bitte um Herabsetzung der Strafe durch das Gericht, mithin keine Anfechtung in sich schließen.[18]) Er gibt lediglich den Anstoß zur Kürzung der Strafsumme durch den Richter; dem Schuldner soll eben nur auf sein Verlangen geholfen werden, beneficia non obtruduntur.

Schließlich fällt gegen die Ansicht von Hölder entscheidend ins Gewicht, daß das im § 343 erforderte Urteil unmöglich zu den Feststellungsurteilen gerechnet werden kann. Denn wenn dort gesagt ist, daß durch Urteil die Strafe herabgesetzt werde, so enthält dieses nicht eine Feststellung, daß der Schuldner zu Recht einen Teil des Strafvertrages angefochten habe und infolgedessen die Vereinbarung hinsichtlich des Übermaßes nichtig sei. Das Gericht beschränkt sich nicht darauf, festzustellen, daß ein Grund zur teilweisen Aufhebung des Vertrages gegeben und daß diese durch die Erklärung des Schuldners bereits eingetreten sei, es vollzieht die Aufhebung vielmehr selbst durch den Erlaß des Urteils.[19]) Aus dem vom Gesetz sorgfältig gewählten Ausdruck geht dies mit voller Klarheit hervor. Der Wortlaut ergibt freilich auch, daß nur, soweit ein Übermaß besteht, die Strafe der Einwirkung des Richters unterworfen ist. Unbegründet und gekünstelt ist deshalb die Auffassung von Kisch,[20]) daß die Ermäßigung dadurch vollzogen werde, daß zunächst die gesamten Wirkungen des Vertrages beseitigt würden und dann ein besonderes, zu der von ihm gebildeten Gruppe der festsetzenden Urteile gehöriges Erkenntnis die angemessene Leistung bestimme.

Mit der Rechtskraft des die Herabsetzung aussprechenden Urteils wird zugleich festgestellt, in welcher Höhe die versprochene Strafe angemessen sei. Dies ist aber

[17]) Irrig Wirtz 23.
[18]) Örtmann zu § 343, Anm. 3 b.
[19]) Vgl. Langheineken, Urteilsanspr. 112
[20]) S. 140.

m. E. kein Grund, das Urteil [21]) als lediglich feststellendes zu bezeichnen, da sein Hauptzweck doch darauf gerichtet ist, die Rechtsänderung zu bewirken. Das Urteil ist ebensogut konstitutiv wie das Ehescheidungsurteil; auch dieses vollzieht die Scheidung der Ehe und stellt nicht etwa fest, daß die Parteien auf grund des als erwiesen angenommenen Scheidungsgrundes nunmehr geschiedene Eheleute seien. Andrerseits muß betont werden, daß durch das die Strafe ermäßigende Urteil allein der Schuldner noch nicht zur Zahlung des angemessenen Betrages verurteilt wird, der Gläubiger also keinen vollstreckbaren Titel erhält; das Urteil spricht sich lediglich darüber aus, in wie weit die versprochene Strafe zu hoch sei.[22])

Die vorstehende, der herrschenden Meinung entsprechende Auslegung des § 343 hält auch Kipp [23]) für richtig, er glaubt jedoch, dem Schuldner sei in analoger Anwendung der §§ 478, 821, 853 BGB neben dem Rechte auf Herabsetzung eine Einrede zu gewähren, da der Verpflichtete auch außergerichtlich zur Verweigerung des Übermaßes in der Lage sein müsse. Ebenso stellt sich das OLG Dresden[24]) zwar auf den Standpunkt, daß die Herabsetzung nur durch Richterspruch erfolgen könne, hält daneben aber den Schuldner zur Verweigerung des übermäßigen Betrages für befugt. Allein zunächst geht die überwiegende Meinung dahin, daß auch Einreden gerichtlicher Geltendmachung bedürfen;[25]) schließt man sich der Ansicht an, so ist dem Schuldner mit einer Einrede nicht geholfen. Abgesehen davon läuft das Recht des Schuldners infolge der Möglichkeit, jederzeit Ermäßigung der Strafe durch das Gericht zu beantragen, tatsächlich gerichtlich wie außergerichtlich auf eine Einrede hinaus und bietet ihm deshalb dem Gläubiger gegenüber ausreichenden Schutz. Würde endlich die Zubilligung auch einer Einrede der Absicht des Gesetzes entsprechen, so wäre schwer verständlich, weshalb dem Schuldner noch das neben der Einrede über-

[21]) Mit Matthiaß 221 und Neumann zu § 343, Anm. 2; ungenau ist es freilich, wenn letzterer ausführt, das Recht des Schuldners sei gerichtet auf eine Anerkennung des Gläubigers, daß ihm nur ein Anspruch in Höhe der ermäßigten Strafe zustehe. Diese Ausdrucksweise erweckt den Eindruck, daß das Recht ein Anspruch gegen den Gläubiger sei, eine Auffassung, die mit der Annahme eines Feststellungsurteils nicht verträglich ist.

[22]) Vgl. Wirtz 40.

[23]) Windscheid-Kipp 173; ebenso Böger 75.

[24]) Sächs. Ann. 1903, 62.

[25]) So Langheineken, Anspruch u. E. 350 f., Siber 143 f.

flüssige Recht auf richterliche Herabsetzung verliehen und nicht lediglich bestimmt ist, daß er zur Verweigerung der Leistung berechtigt sei. Diese Erwägungen führen dazu, ihm eine Einrede zu versagen.

Das gefundene Ergebnis steht auch im Einklang mit den Absichten der zweiten Kommission[26]), welche die Minderung der Vertragsstrafe in die Hand des Richters legen wollte. Man ging von der richtigen Ansicht aus, daß leichtsinnigen Versprechen hoher Strafen eher Vorschub geleistet werde, wenn der Schuldner durch eigene Handlung von der übernommenen Verpflichtung sich wieder befreien könne, als wenn man die Mitwirkung des Richters anordne. Die Ausschaltung des Gerichts hätte auch zur Verminderung der Prozesse kaum beigetragen, da die Parteien mangels Abgrenzung der Voraussetzungen für die Kürzung des Strafanspruches doch durchweg eine richterliche Entscheidung herbeiführen würden.

Wenn das Gesetz ein Urteil verlangt, so darf daraus nicht geschlossen werden, daß der Gläubiger zur Bewilligung der Herabsetzung, m. a. W. zum Abschluß eines Erlaßvertrages verurteilt werde, das Recht des Schuldners mithin als Anspruch aufzufassen sei. Die gegenteilige Ansicht hat freilich in Flechtheim[27]) einen Vertreter gefunden. Zuzugeben ist, daß ein Erkenntnis, das eine Strafe herabsetzt, dieselbe Wirkung hat, wie ein Urteil, das den Gläubiger zum Verzicht auf einen Teil seiner Forderung verurteilt, denn die Erklärung des Gläubigers würde mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gelten, ohne daß es einer Vollstreckung bedürfte.[28]) Die gleichen Rechtsfolgen berechtigen jedoch nicht zu dem Schlusse, daß beide Male über einen Anspruch des Schuldners entschieden werde. Bei der Besprechung dieser Fälle redet Flechtheim von vorn herein nur von Aufhebungsansprüchen, setzt also voraus, was zu beweisen ist. Einen stichhaltigen Grund für die Gleichstellung lassen seine Ausführungen nicht erkennen, denn mag auch im Gesetz von konstitutiven Urteilen selten die Rede sein, mag auch bisweilen die Feststellung, mit welcher Gruppe von Befugnissen man es zu tun habe, auf Schwierigkeiten stoßen, so darf daraus allein doch nicht auf die Gleichförmigkeit des Rechts auf richter-

[26]) Protokolle 786.

[27]) S. 67 f. Auch Endemann § 133, Anm. 21 und Kuhlenbeck zu § 343, Anm. 4 sprechen einmal von einem Anspruch auf Ermäßigung; richtig ist dies höchstens dann, wenn damit ein dem Gericht gegenüber begründeter Rechtsschutzanspruch gemeint ist.

[28]) § 894 ZPO.

lichen Eingriff in das Vertragsverhältnis mit dem Anspruch auf Abgabe einer Einwilligungserklärung geschlossen werden. In manchen Fällen kann ferner die Einigung der Parteien eine Vermittlung des Richters überflüssig machen, aber auch daraus folgt nicht, daß die außergerichtlich erklärte Zustimmung dem Gegner geschuldet war. Andrerseits ist dieser sehr oft, z. B. bei Scheidung einer Ehe, ‚gar nicht im stande, die dem Berechtigten gebührende Rechtsänderung allein oder durch Vereinbarung mit ihm herbeizuführen.[29]) Zwischen rechtsgestaltenden und Leistungsurteilen ist demnach wie bisher zu unterscheiden; auch hinsichtlich des § 343 BGB liegt kein Anlaß vor, von der oben entwickelten Ansicht abzugehen.

Da dem Schuldner somit ein Forderungsrecht gegen den Gläubiger auf teilweisen Erlaß nicht zusteht, so finden auf sein Recht die für Ansprüche geltenden Bestimmungen grundsätzlich keine Anwendung. Der Gläubiger kann mithin nicht in Verzug geraten, und das Recht des Schuldners ist der Verjährung entzogen; die Ansicht von Flechtheim[30]), daß der Ausschluß der Verjährung dem Gesetz widerspreche und das Recht darum als Anspruch zu gestalten sei, entbehrt jeder Begründung. Aus der Natur der Befugnis als eines Gestaltungsrechtes schließt Hellwig unter analoger Anwendung der §§ 388, 1598, 1947 BGB, daß die Ausübung des Rechtes unter Vorbehalt nicht zulässig sei; dies dürfte richtig, jedoch ohne erhebliche Bedeutung sein. Obwohl nach den vorgehenden Erörterungen das Recht des Schuldners zu den Einreden nicht gehört, werden die Vorschriften über einredebehaftete Ansprüche ausnahmsweise herangezogen werden müssen; z. B. kann der Gläubiger seine der Ermäßigung ausgesetzte Forderung gemäß § 390 BGB nicht zur Aufrechnung benutzen.[31]) Ebenso umfassen die Einwendungen der §§ 404 und 417 BGB auch das Recht des Schuldners auf Herabsetzung der Vertragsstrafe.

[29]) Vgl. Hellwig, Lehrbuch 233.

[30]) S. 69.

[31]) So auch Zitelmann; dagegen Marcus, KG-Bl. 1900, 18 und Flechtheim 95. Wirtz 22 hält die Aufrechnung zwar für wirksam, sieht in ihrer Vollziehung aber keine Entrichtung im Sinne des § 343 Abs. 1 Satz 3.

2. Die Geltendmachung des Rechtes auf Ermäßigung der Strafe.

Über die Geltendmachung des Rechtes ist als unstreitig vorauszuschicken, daß der Antrag auf Minderung der Vertragsstrafe nicht im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern des Zivilprozesses, also an das Prozeßgericht gestellt werden muß. Aus der Fassung des § 343 ist ferner abzuleiten, daß der Schuldner, um einen bestimmten Antrag zu stellen, nur Herabsetzung auf den angemessenen Betrag zu verlangen braucht; eine genaue Summe anzugeben, ist nicht erforderlich. Es kann dem Gericht überlassen werden, die angemessene Strafe zu finden.[32])

Der Schuldner kann zunächst selbständig gegen den Gläubiger vorgehen, und zwar durch Erhebung einer gegen ihn zu richtenden Klage, da nur nach Erhebung einer Klage ein Urteil erlassen wird. Ist die Strafe durch rechtskräftiges Urteil oder etwa durch Vereinbarung mit dem Gläubiger herabgesetzt und wird der Schuldner trotzdem auf Zahlung der ganzen Summe belangt, so kann er dem Gläubiger die erfolgte Ermäßigung als rechtsvernichtende Einrede entgegenhalten und teilweise Abweisung der Klage bewirken. Fraglich ist dagegen, wie er sich gegenüber der Klage des Gläubigers verteidigen muß, wenn die Strafe vorher noch nicht herabgesetzt war.

Hier ist zunächst zu prüfen, ob der Schuldner gleichzeitig den Antrag auf Ermäßigung der Strafe und teilweise Abweisung der Klage stellen kann, oder ob der zweite Antrag erst berücksichtigt werden darf, wenn über den ersten rechtskräftig entschieden ist. Welcher Form die Anträge bedürfen, ist für diese Untersuchung belanglos. Die Frage wiederholt sich bei allen andern gerichtlicher Geltendmachung bedürftigen Gegenrechten, so bei den Anfechtungsrechten, die nur im Prozeß wirksam ausgeübt werden können,[33]) und bei der nicht geringen Zahl von Einreden des materiellen Rechts, wenn man mit der herrschenden Meinung auch für diese gerichtliche Geltendmachung verlangt. Auch mit der Ausübung dieser Rechte durch den Angegriffenen ist, wie sich bei genauer Betrachtung zeigt, ein doppelter Antrag verbunden, nämlich 1., festzustellen, daß die Anfechtung oder die Leistungsverweigerung zu Recht erfolge, und 2., den Gegner dement-

[32]) Goldmann-Lilienthal § 101, Anm. 17, Endemann § 133, Anm. 23 und Örtmann zu § 343 Anm. 3 b; dagegen Hölder im Recht 1900, 161.

[33]) Nicht bei sonstigen Anfechtungsrechten, weil diese zur Wirksamkeit nur des Zugehens der Erklärung bedürfen.

sprechend mit seinem Antrage abzuweisen. Ist die Verbindung beider Anträge unzulässig, dann ist der Schuldner genötigt, bei diesen Gegenrechten seinem Gläubiger mit einer Klage zuvorzukommen, um ihm mit Erfolg entgegentreten zu können, wenn er von ihm verklagt werden sollte, und nicht mit den Kosten dieses Rechtsstreits belastet zu werden. Allein dadurch würde eine außerordentliche Häufung der Prozesse verursacht werden, und der Hinweis, daß auch alle materiellrechtlichen Einreden hierher gehören, zeigt, daß die getrennte Entscheidung über die Anträge unmöglich vom Gesetz beabsichtigt sein kann. Es ist auch von jeher als selbstverständlich angesehen worden, daß z. B. nach Erhebung der Verjährungseinrede zugleich über diese und über den Antrag auf Abweisung der Klage ein Urteil zu fällen sei. Hier trifft also der Richter eine Feststellung und zieht zugleich die daraus für den Anspruch des Gläubigers sich ergebenden Folgerungen; ist dies aber möglich, so kann auch in demselben Urteil über die Herabsetzung der Vertragsstrafe entschieden und der Gläubiger teilweise abgewiesen werden. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß in dem einen Falle der erste Teil des Urteils eine Feststellung, im andern eine Rechtsänderung enthält. Somit ist klar, daß der Schuldner gleichzeitig Ermäßigung der Strafe und entsprechende Abweisung des Gläubigers beantragen [34]) und dieser ihm nicht entgegenhalten kann, daß er zunächst ein rechtskräftiges Urteil über sein Gegenrecht beizubringen habe. Es bedarf deswegen nicht des von Flechtheim[35]) vorgeschlagenen Ausweges, daß dem Schuldner gegenüber diesem Einwande eine replicatio doli zu gewähren sei.

Bisweilen ist der Gläubiger zur Zeit der Verwirkung der Strafe schon in ihrem Besitze, vor allem wenn der Schuldner sie ihm vorher zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit ausgeliefert hat, diese sodann erlischt und das geleistete als Strafe verfällt. In solchem Falle ist der Schuldner, wenn er die Strafe für zu hoch hält, genötigt, seinerseits gegen den Gläubiger Klage zu erheben. Auch hier kann er den Antrag, die Strafe herabzusetzen, mit dem Antrage, den Gläubiger zur Herausgabe eines Teilbetrages zu verurteilen, verbinden. Dies hat auch das Reichsgericht in einem ähnlichen Falle[36]) ausgesprochen. Es ermächtigt

[34]) Im Ergebnis ebenso Hellwig, Lehrbuch 246, der von Anticipation des Antrages auf Klagabweisung spricht.

[35]) S. 94, 95.

[36]) ERG 58, 425.

nämlich den Käufer, der bereits gezahlt hat und nun wandeln will, unmittelbar auf Rückzahlung des Kaufpreises zu klagen, und hält dies selbst dann für zulässig, wenn das Wandelungsrecht als ein Anspruch gegen den Verkäufer zu betrachten sei. Obgleich also eine richterliche Feststellung über die behauptete Wandelungspflicht des Verkäufers die Voraussetzung für die Entscheidung bildet, ob dieser zur Rückzahlung zu verurteilen sei, kann das Urteil beide Fragen gleichzeitig erledigen.

Sehr streitig ist nun, in welcher Form der gegen die Klage des Gläubigers sich verteidigende Schuldner den Antrag auf Ermäßigung der Strafe, also den ersten seiner beiden Anträge zu stellen hat. Ohne Zweifel kann er eine Widerklage wählen; § 33 ZPO erklärt das mit der Sache befaßte Gericht für zuständig, § 280 ZPO gestattet ihm, die Widerklage durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung zu erheben. Manche[37]) behaupten nun, dies sei der einzige Weg, den der Schuldner beschreiten könne; auch das Reichsgericht [38]) hat in einem gleichliegenden Falle des badischen Landrechts in diesem Sinne entschieden. Die Frage ist nicht ohne praktische Bedeutung: abgesehen von der Formvorschrift des § 297 ZPO, daß der Widerklagantrag in der mündlichen Verhandlung aus einem Schriftsatz verlesen werden muß, ist § 529 Abs. 2 ZPO hervorzuheben, wonach in der Berufungsinstanz die Widerklage nur mit Zustimmung des Gläubigers erhoben werden darf. Die für die ausschließliche Zulässigkeit einer Widerklage vorgebrachten Gründe sind einer näheren Erörterung zu unterziehen.

Keinerlei Aufschluß gibt die Fassung des § 343 BGB. Daß ein Antrag ausdrücklich erfordert ist, während in den ähnlichen Bestimmungen der §§ 315 u. 319 Abs. 2 BGB dieses Wort fehlt, ist ganz unwesentlich und erlaubt sicher nicht die Folgerung, daß unter allen Umständen ein Klageantrag nötig sei.[39]) Ebensowenig läßt sich freilich daraus, daß über die Form des Antrages nichts gesagt ist,[40]) der Satz ableiten, daß das Gesetz eine Widerklage nicht verlange.

Planck glaubt schon aus der konstitutiven Natur des Urteils schließen zu müssen, daß eine Widerklage erforder-

[37]) Hausmann zu § 4, Anm. 6, Marcus KG-Bl. 1900, 18, Mayring zu § 343, Anm. 4, Schollmeyer zu § 343, Anm. 2a, Hellwig, Anspr. u. Klagr. 13 und Lehrbuch 246, Langheineken, Anspruch u. E. 322, Planck zu § 343, Anm. 1, OLG München im Recht 1903, 153.

[38]) ERG 17, 306.

[39]) Anders Mayring zu § 343, Anm. 4.

[40]) mit Zitelmann 35 und Siber 150.

lich sei; ebenso zieht Langheineken diese Folgerung daraus, daß der Schuldner keinen Anspruch gegen den Gläubiger auf teilweise Befreiung, sondern nur das publizistische Recht besitze, vom Richter eine Rechtsänderung zu verlangen. Jedoch weder im früheren noch im heutigen Recht wird für den Antrag des Beklagten auf Erlaß eines konstitutiven Urteils immer die Form der Widerklage verlangt. Örtmann[11]) erinnert mit Recht an die Aufrechnungseinrede des römischen Rechts, auf grund derer das Gericht die Compensation aussprach, und für das geltende Recht mag auf § 1575 BGB hingewiesen werden, wo der Antrag auf Scheidung der Ehe formlos gestellt werden kann.

Schollmeyer rechtfertigt seine Ansicht damit, daß erst nach vorheriger Änderung des Vertragsinhaltes durch Urteil dem Antrage des Schuldners auf teilweise Abweisung des Gläubigers stattgegeben werden und — so wird man seine Beweisführung ergänzen müssen — daß ein Urteil nur auf grund einer Klage oder Widerklage gefällt werden könne.[12]) Nun ist freilich richtig, daß das Urteil sich über die Ermäßigung der Strafe aussprechen muß und sich nicht, wie Kuhlenbeck[13]) behauptet, auf teilweise Aberkennung des vom Gläubiger geltendgemachten Anspruchs beschränken darf. Daß aber der Teil des Erkenntnisses, welcher die Herabsetzung der Strafe behandelt, nur auf eine Widerklage des Schuldners hin erlassen werden dürfe, kann nicht anerkannt werden. Wir haben oben gesehen, daß auch in andern Fällen die urteilsmäßige Feststellung des vom Beklagten geltend gemachten Gegenrechts die Voraussetzung bildet für die Entscheidung über seinen Antrag auf Klagabweisung und daß die Ausübung des Gegenrechts den Antrag auf Feststellung des Rechtes in sich schließt; in Betracht kommen die Fälle, wo der Beklagte eine materiellrechtliche Einrede, ein der gerichtlichen Ausübung bedürftiges Anfechtungsrecht oder einen Gegenanspruch vorschützt. Daß der Beklagte den zuletzt genannten Antrag im Wege einer Klage oder Widerklage zu stellen habe, wird, von seltenen Ausnahmen abgesehen, nirgendwo verlangt. Insbesondere bei Leistungsverweigerungsrechten wird es als ganz selbstverständlich angesehen, daß die Erhebung einer Widerklage sich erübrige, ebenso aber auch bei Gegenansprüchen; so wird z. B. im § 5 des Anfechtungsgesetzes die Möglichkeit der Erhebung des Anfechtungs-

[11]) Zu § 343, Anm. 3 a.
[12]) Ebenso Mayring zu § 343, Anm. 4 und ERG 17, 307.
[13]) Zu § 343, Anm. 4.

anspruches durch Einrede ohne weiteres vorausgesetzt. Die Regel, daß über einen Antrag nur dann durch Urteil entschieden werde, wenn er durch Klage oder Widerklage gestellt sei, kann deshalb nicht uneingeschränkte Geltung beanspruchen für solche Anträge, die in einem bereits anhängigen Rechtsstreit vorgebracht werden. Ob nun aber der Antrag auf Feststellung oder Rechtsänderung geht, macht keinen wesentlichen Unterschied; es liegt deshalb auch kein Grund vor, für die Bitte des Beklagten um Herabsetzung der eingeklagten Vertragsstrafe die Form der Widerklage zu fordern.[44]) Wer einen nicht im Wege der Widerklage geltend gemachten Antrag eine prozessuale Einrede nennt, kann auch der herrschenden Sitte folgend den formlos gestellten Antrag aus § 343 zu den Einreden in diesem Sinne zählen. Zitelmann spricht ganz bezeichnend von einer rechtsaufhebenden Einrede, weil sie auf teilweise Aufhebung des Strafanspruches durch richterliches Urteil zielt.

Die Entscheidung über formlos geltendgemachte Gegenrechte wird in die Urteilsformel nicht aufgenommen, sondern nur die sich daraus für den Klaganspruch ergebende Folgerung. In den Tenor gehört z. B. nicht die Feststellung, daß die eingeklagte Forderung verjährt sei, sondern lediglich der sich hierauf gründende Ausspruch, daß die Klage abgewiesen werde. Es trifft mithin nicht zu, wenn Hellwig[45]) sagt, daß jede Entscheidung, die durch Urteil zu fällen ist, in der Formel enthalten sein müsse; sie muß es vielmehr nur dann, wenn sie auf einer Klage oder Widerklage beruht, die Erörterung anderer Anträge ist dem Abschnitt über die Urteilsgründe vorbehalten. Dies gilt in gleicher Weise, wenn auf eine Einrede des Beklagten hin die Strafe herabgesetzt und der Gläubiger zu einem Teile mit seiner Klage abgewiesen wird. Es ist also nicht richtig, wenn durchweg behauptet wird, daß der Tenor von einem Ausspruch über die Ermäßigung der Strafe absehen d ü r f e; es wäre umgekehrt ein Fehler, wenn dies in der Formel zum Ausdruck käme. Andrerseits würde, wenn auf eine Einrede hin die Minderung der Strafe erwirkt ist, das Urteil insoweit nicht materiell rechtskräftig werden können, denn nach § 322 ZPO ist nur der Teil des Erkenntnisses der Rechtskraft fähig, der über einen durch Klage oder

[44]) Ebenso Zitelmann 35, Rehbein 241, Kisch, Anm. 100, Staub zu § 348, Anm. 25, Enneccerus § 261, Anm. 17, Örtmann zu § 343, Anm. 3 u. a.; ferner RG. in Jur. W. 1903, Beil. 96, OLG Braunschweig in OLGR 8, 43 und OLG Karlsruhe in Bad. Rpr. 1907, 261.

[45]) Lehrbuch 246.

Widerklage erhobenen Anspruch entscheidet. Mit Hellwig wird anzunehmen sein, daß unter dem Anspruch im Sinne dieser Unterschrift jedes Entscheidungsbegehren zu verstehen ist, somit auch Anträge auf Erlaß eines konstitutiven Urteils der Bestimmung unterliegen.[46]) Dieses Ergebnis spricht nicht etwa gegen die Zulässigkeit der Stellung des Antrages durch Einrede,[47]) denn daß die Herabsetzung durch ein der Rechtskraft fähiges Urteil stattfinde, ist im § 343 BGB nicht verlangt. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb[48]) es zu bedenklichen Folgerungen führt, wenn der Gläubiger rechtskräftig mit einem Teil seiner Klage abgewiesen, über die Angemessenheit der Strafe aber eine der Rechtskraft fähige Entscheidung nicht gefällt wird. Jedoch selbst wenn das Ergebnis unbefriedigend wäre, würde der Vorwurf nur die Regelung des § 322 ZPO treffen, dagegen nicht unsere Beweisführung erschüttern können.[49])

In den bisherigen Ausführungen ist bereits mehrfach hervorgehoben, daß der beklagte Schuldner zwei Anträge stellen muß, nämlich die Strafe zu ermäßigen und den Gläubiger insoweit mit seinem Anspruch abzuweisen. In der Praxis kann einer dieser Anträge als hinreichend erachtet werden, da der Schuldner damit seine Absicht unzweideutig zu erkennen gibt; ja man wird noch einen Schritt weiter gehen und mit dem Einwande, die geforderte Strafe sei zu hoch, sich begnügen können.[50]) Nicht zu billigen ist dagegen die Ansicht des OLG Hamburg,[51]) daß in dem Bestreiten der Verwirkung der Strafe zugleich eine Rüge der Straf-

[46]) Anders Örtmann zu § 343, Anm. 3 a, der den § 322 auf Anträge auf Rechtsänderungen nicht zur Anwendung bringen will.

[47]) wie Marcus, KG-Bl. 1900, 18 meint.

[48]) wie das RG in dem gleichliegenden Fall ERG 17, 307 behauptet.

[49]) In vereinzelten Fällen wird allerdings als Absicht des Gesetzes unterstellt werden müssen, daß der Antrag auf Vornahme einer Rechtsänderung in einer Form zu stellen sei, die den Erlaß eines der Rechtskraft fähigen Urteils ermöglicht; diese Annahme muß jedoch durch besondere Umstände gerechtfertigt sein. Verlangt z. B. jemand von seinem Ehegatten die Herausgabe von Gegenständen, die ihm dieser während des Brautstandes oder der Ehe geschenkt hat, so kann der Beklagte gleichzeitig Scheidung der Ehe beantragen, die Schenkungen gemäß § 1584 BGB widerrufen und um Abweisung der Klage bitten. Für den Antrag auf Scheidung der Ehe wird die Form der Widerklage verlangt werden müssen, da aus der besonderen Bedeutung dieses Lebensverhältnisses geschlossen werden darf, daß nur durch ein den Streit endgültig erledigendes Erkenntnis die Frage, ob die Ehe aufzulösen sei, entschieden werden soll. Dafür dürfte auch § 1564 Satz 3 einigen Anhalt bieten.

[50]) Lazarus 105, Fuld 347.

[51]) Hans. G. Z. 1903, 286; ebenso Staub zu § 348, Anm. 24.

höhe enthalten sei. Man kann nicht entgegenhalten, daß der Beklagte, der von der Zahlung ganz befreit zu werden verlange, auch teilweise der Schuld ledig sein wolle. Eine Befreiung ist nur möglich, wenn der Schuldner gebunden ist. Dieses bestreitet er aber grade; in seiner Erklärung kann deshalb nicht eine Beschwerde gefunden werden, daß die Verbindlichkeit für ihn eine zu drückende Last sei. Hält er die nach der Behauptung des Gläubigers verfallene Strafe für unverhältnismäßig hoch, so muß er einen Eventualantrag auf Herabsetzung stellen; bleibt in dieser Hinsicht seine Absicht unklar, wird das Gericht, vor allem im amtsgerichtlichen Prozeß, von seinem Fragerecht Gebrauch machen müssen.

Durch den Antrag auf Ermäßigung der vom Gläubiger eingeklagten Vertragsstrafe wird sein Anspruch dem Betrage nach streitig. Hat der zuerst angerufene Richter die Klage abgewiesen, weil er die Verwirkung der Strafe verneinte, so hat das Berufungsgericht, wenn es die Strafe als verfallen ansieht, die Sache nach Maßgabe des § 538 Abs. 1 Nr. 3 Z Po an die erste Instanz zurückzuverweisen.[52]) Anders liegt der Fall, wenn der Schuldner den Antrag erst in zweiter Instanz stellt. Dann findet eine Zurückverweisung nur unter der Bedingung statt, daß auch die Verwirkung unter den Parteien streitig ist, also auch über den Grund des erhobenen Anspruchs keine Einigkeit besteht. § 538 kommt dagegen nie zur Anwendung, wenn der Schuldner als Kläger die Minderung der Strafe verlangt, mag er auch in erster Instanz mit seinem Antrage abgewiesen sein.[53]) Ebenso wie die Höhe eines entstandenen Schadens ist die Angemessenheit einer Strafe eine Tatfrage,[54]) die der Nachprüfung des Revisionsgerichts nicht unterworfen ist, es sei denn, daß das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Angemessenheit von falschen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist.

---

[52]) Kammergericht im Recht 1902, 208 und 1904, 192.
[53]) Vgl. Kammergericht in OLGR 8, 43.
[54]) RG in Jur. W. 1907, 12.

§ 3.

Entstehung und Untergang des Rechtes.

1. Die Voraussetzungen für die Entstehung.

Es ist nunmehr zu prüfen, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit der Schuldner den soeben näher behandelten Antrag auf Ermäßigung der Vertragsstrafe stellen kann. In erster Linie verlangt § 343 BGB die Verwirkung der Strafe, deren Voraussetzungen im § 339 geregelt sind. Schon vor diesem Zeitpunkt dem Schuldner das Recht, auf Minderung durch Richterspruch anzutragen, zu verleihen, lag kein Grund vor. Selbst zur Erhebung einer Feststellungsklage, daß die Strafe um einen bestimmt angegebenen Betrag zu hoch sei, wird sich dem Schuldner vor dem Verfall der Strafe kaum jemals die Möglichkeit bieten. Denn wenn er auch ein Interesse daran haben mag, zu wissen, wieviel ihm ein Vertragsbruch kosten würde, so wäre dieses doch rechtlich nicht zu beachten, zumal die Verwirkung regelmäßig allein in der Hand des Schuldners liegt. Durch das Feststellungsurteil würde zudem eine Ermäßigung der Strafe nicht herbeigeführt. Liegen aber ausnahmsweise die Voraussetzungen für die Erhebung einer solchen Klage vor, so dürfte ihre Zulässigkeit nicht bezweifelt werden können.

Nach Verwirkung der Strafe kann der Antrag auf Herabsetzung ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines rechtlichen Interesses gestellt werden.[1]) Ein solches wird nicht erfordert durch die Natur der Klage, da das im § 343 erwähnte Urteil kein Feststellungsurteil ist, und ausdrücklich wird die Bedingung vom Gesetz nicht verlangt. Sie ist auch entbehrlich, denn der Schuldner wird stets abwarten, ob der Gläubiger gegen ihn überhaupt Ansprüche geltend machen wolle; er kann dies, da sein Recht weder verjährt noch an eine Ausschlußfrist gebunden ist, und wird es auch deshalb vorziehen, weil er durch eine Klage sich jede Aussicht, daß der Gläubiger ihn unbehelligt lasse, verscherzen würde. Ferner würden den Schuldner, der ohne vorherige Rücksprache mit dem Gläubiger sich an das Gericht wendet, selbst im Falle seines Obsiegens die Kosten des Rechtsstreites treffen, wenn der Gläubiger sich sofort mit der Herabsetzung einverstanden erklärt, denn den § 93 ZPO wird man unbedenklich anwenden können, obwohl nicht ein An-

[1]) Anders Hölder im Recht 1900, 161 und Kisch 123, der aber im Falle des § 343 ein rechtliches Interesse stets für gegeben hält.

spruch im Sinne des § 194 BGB den Gegenstand des Prozesses bildet. Hölder hält ein rechtliches Interesse zur Erhebung der Klage für notwendig, damit der Gläubiger abwarten könne, ob sich nicht durch spätere Umstände die Unverhältnismäßigkeit der Strafe hebe. Jedoch dürfte die Aussetzung der Entscheidung bis in eine ferne Zukunft hiermit doch nicht genügend gerechtfertigt sein, zumal der Richter bei Beurteilung der Angemessenheit auch in der Zukunft liegende Umstände zu berücksichtigen hat.

Als wichtigste Voraussetzung für die Entstehung des Rechts auf Herabsetzung ist die unverhältnismäßige Höhe der Strafe zu nennen. Wann diese vorliegt, führt das Gesetz nicht aus; man hat absichtlich darauf verzichtet, dem Richter feste Anhaltspunkte zu geben, um ihn in die Lage zu versetzen, alle Umstände des Einzelfalls gebührend in Betracht zu ziehen.[2]) Es kann sich deshalb hier nur um Aufstellung einiger allgemeiner Richtlinien handeln, nach denen der Richter bei der Prüfung der Angemessenheit zu verfahren hat. Den Beweis für die sein Recht begründenden Tatsachen hat der Schuldner zu führen, der sich auf sie beruft.[3]) Daraus geht hervor, daß es im Zweifel bei der verabredeten Höhe der Strafe verbleibt. Hierin liegt eine Gewähr gegen eine zu weitgehende Ausnutzung des Ermäßigungsrechtes durch den Richter, die eine Beförderung der Vertragsuntreue befürchten ließe.[4])

Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist hauptsächlich auf das Interesse des Gläubigers, zu dessen Sicherung die Strafe in erster Linie dient, Rücksicht zu nehmen. Demgegenüber müssen alle andern Gesichtspunkte, wie die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Schuldners zurücktreten.[6]) Im § 343 ist ausdrücklich hervorgehoben, daß nicht allein das Vermögensinteresse, sondern jedes berechtigte Interesse in Betracht zu ziehen sei. Auf diesen Satz ist besonderes Gewicht zu legen, da infolge der im § 253 BGB vorgeschriebenen Begrenzung des Schadensersatzes auf Vermögensschäden das Ausbedingen einer Strafe für den Gläubiger der einzige Weg ist, auch ideelle Interessen, mögen sie für sich allein oder neben wirtschaftlichen gegeben sein, vor Nichtachtung zu sichern und im Falle ihrer Verletzung eine Entschädigung in Geld zu er-

[2]) Protokolle 784; vgl. dazu ERG 64, 292.

[3]) So auch die allgemeine Meinung, z. B. Hölder a. a. O., OLG Karlsruhe in Bad. Rpr. 1904, 258; dagegen nur Höhne 27 f.

[4]) Denkschrift 78, Protokolle 785.

[5]) RG in Jur. W. 1900, 786 und Leipz. Z. 1908, 226.

langen. Bemerkenswert ist dabei, daß § 343 den Schutz ideeller Interessen nicht auf bestimmte Lebensgüter einschränkt, wie dies in den §§ 825, 1300 BGB geschehen ist. Bei der Umgrenzung der in Betracht kommenden Interessen ist sehr weit zu gehen, weiter als es der § 193 StrGB gestattet; jedes Interesse, das noch irgendwie einen verständigen Sinn hat, ist zu berücksichtigen. Ganz absonderliche Launen des Gläubigers verdienen jedoch keinen Schutz, da ihre Befriedigung nicht ein Interesse ist, das als berechtigt anzuerkennen wäre. Das Interesse des Gläubigers muß sich ferner auf die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit beziehen; nicht in Betracht kommt deshalb der Umstand, daß er bei Empfang der vollen Strafe seine Vermögensstellung verbessern würde.[6])

Bei der Bewertung der dem Gläubiger erwachsenen Nachteile ist eine Summe in Ansatz zu bringen, die den nach Lage der Sache im ungünstigsten Falle eintretenden Schaden ausgleicht; dieser umfaßt natürlich auch den entgangenen Gewinn.[7]) Fraglich ist, welcher Zeitpunkt der Berechnung zu Grunde gelegt werden muß, wenn das Interesse des Gläubigers während der Dauer des Vertragsverhältnisses gewechselt hat. Manche[8]) Schriftsteller wollen den Zeitpunkt der Verwirkung entscheiden lassen und zwar Siber deshalb, weil der Tat der Verkündung des Urteils von Zufälligkeiten abhängig sei, Kuhlenbeck aus dem Grunde, weil ein zum Schadensersatz verpflichteter Schuldner stets denjenigen Schaden wieder gutzumachen habe, der zur Zeit des Eintritts der zur Entschädigung verpflichtenden Tatsache vorhanden sei. Damit tritt er jedoch in Gegensatz zu der m. E. zutreffenden herrschenden Ansicht, daß die Zeit des Urteils für den Umfang der Ersatzpflicht maßgebend und eine Änderung der Verhältnisse seit ihrer Entstehung in Rücksicht zu ziehen sei.[9]) Zu dieser Annahme nötigt hier aber auch die Erwägung, daß eine mangelhafte Entschädigung des Gläubigers unter allen Umständen verhütet und dies bis zur letzten mündlichen Verhandlung beachtet werden muß. Ist während des Prozesses das Interesse des Gläubigers gestiegen, so wird mithin die Klage des Schuldners auf Herabsetzung möglicherweise abgewiesen, mag er auch den Wegfall der klagbegründenden Tatsachen gar

[6]) OLG Dresden in Sächs. Arch. 1904, 226 f.

[7]) RG in Jur. W. 1907, 11.

[8]) Fuld 345, Siber 152, Kuhlenbeck zu § 343, Anm. 2 und Matthiaß 221.

[9]) Enneccerus § 235 V.

nicht vorausgesehen haben; daß er dann selbst die Kosten des Rechtsstreites zu tragen hat, ist eine Folge, die ihn zwar unverschuldet trifft, jedoch nicht gegen unsere Auffassung spricht.[10]) Auch die Natur des Urteils als eines rechtsgestaltenden steht der Ansicht, daß der Tag der Urteilsfällung als maßgebend anzusehen sei, nicht entgegen, während dies bei der Annahme einer Anfechtungsklage undenkbar ist.[11])

Streit herrscht darüber, welche Summe als Entschädigung angemessen ist, wenn der Gläubiger durch die Vertragsuntreue des Schuldners gar keine oder nur eine geringe Einbuße erlitten hat, während bei der Vereinbarung der Strafe ein erheblicher Nachteil möglich war. Die zweite Kommission[12]) war der Ansicht, daß der wirklich entstandene Schade entscheidend sei, da eine clausula rebus sic stantibus sowohl dem wahren Sinn der Strafabrede als auch dem praktischen Bedürfnis entspreche. Im Gegensatz hierzu wollen andere[13]) denjenigen Betrag in Ansatz bringen, mit dem die Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses rechneten, oder der dem wenigstens für möglich gehaltenen Schaden gleichkommt. Diese Meinung dürfte den Vorzug verdienen, denn mag die Summe auch zu dem tatsächlichen Verlust in keinem rechten Verhältnis stehen, so wird doch keine Unbilligkeit darin zu erblicken sein, wenn der Gläubiger als Schadenersatz einen Betrag erhält, der einen Ausgleich für die durch den Vertragsbruch erwarteten Nachteile darstellt. Insofern kommt also auch die Interessenlage zur Zeit der Vereinbarung der Strafe in Betracht. Unrichtig ist es aber, allein diesen Zeitpunkt entscheiden zu lassen, wie das Reichsgericht in einem früheren Urteil[14]) annimmt mit der Begründung, daß nur dann von einer pravitas usuraria die Rede sein könne, wenn bei dem Versprechen die Strafe über das mutmaßliche Interesse hinausgehe. Diese Auffassung muß zunächst deshalb abgelehnt werden, weil sie eine spätere, durch unvorhergesehene Ereignisse eintretende Steigerung des Interesses des Gläubigers außer Acht läßt, ihm somit die Möglichkeit nimmt, für diesen Fall vom Schuldner sich eine ausreichende Entschädigung zusichern zu lassen.

[10]) Anders Fuld 346.

[11]) Unrichtig ist es, wenn Marcus im Recht 1900, 214 umgekehrt die Sachlage zur Zeit des Urteils für ausschlaggebend bezeichnet und daraus Schlüsse auf die Natur des Urteils zieht.

[12]) Protokolle 781, Antrag 6 Abs. 2 und 784; ebenso Planck und Kuhlenbeck zu § 343, Anm. 2.

[13]) Örtmann zu § 343, Anm. 2, OLG Karlsruhe in Bad. Rpr. 1907, 261 und RG im Recht 1907, 1315.

[14]) ERG 47, 309.

Sie kann andrerseits zu unbilligen Härten gegen den Schuldner führen, wenn bei Festsetzung der Strafe an Vertragsbrüche von verschiedener Schwere gedacht und die Höhe der Strafe nach dem schwersten Fall bemessen ist. Eine solche Vereinbarung enthält von vorn herein nicht eine Übervorteilung des Schuldners; wenn aber seine Verfehlung nur eine leichte und der angerichtete Schade ein geringer ist, so kann doch die verwirkte Strafe eine unangemessene Höhe erreichen.

Vergleicht man nun den bei Berücksichtigung des Interesses angemessenen Betrag mit der ausbedungenen Strafsumme und ergibt sich ein Mißverhältnis zu ungunsten des Schuldners, so folgt daraus noch nicht die Notwendigkeit einer Herabsetzung; es kommen vielmehr noch eine Reihe anderer Umstände in Betracht.[15]) Zunächst hat der Schuldner etwaige Vorteile, die ihm durch seine Vertragsuntreue zugeflossen sind, sich auf den Mehrbetrag anrechnen zu lassen. Sodann ist zu bedenken, daß die Strafabrede in besonderem Maße dazu dient, den Schuldner zur Innehaltung des Hauptvertrages anzuspornen; vor allem wenn die Parteien bei Vereinbarung der Strafe hauptsächlich diesen Zweck im Auge gehabt haben, ist bei ihrer Ermäßigung mit Vorsicht zu Werke zu gehen. Von Bedeutung ist ferner, ob und in welchem Grade dem Schuldner bei der Übertretung ein Verschulden zur Last fällt, und ob er es auch sonst an Gewissenhaftigkeit bei Erfüllung seiner Verbindlichkeiten fehlen läßt.[16]) Ist die Zuwiderhandlung gegen die übernommene Verpflichtung eine vorsätzliche, so hat er damit möglicherweise gezeigt, daß die Strafe für ihn nicht einmal hoch genug bemessen worden sei. Freilich ist dabei die größere oder geringere Entschuldbarkeit seiner Verfehlung zu berücksichtigen; auf die Art der Hauptverbindlichkeit, auf den Umfang der ihm auferlegten Beschränkungen kommt es an. Bei einem Wettbewerbsverbot wird z. B. maßgebend sein, ob es sich auf ein größeres Wirtschaftsgebiet oder etwa nur auf eine Stadt bezieht.[17]) Schließlich ist auch darauf zu sehen, wie schwer die Strafe ungeschmälert den Schuldner treffen würde. Bei einem begüterten Schuldner wird zur Ermäßigung der Strafe weniger Veranlassung vorliegen als bei einem in knappen Vermögensverhältnissen lebenden, bei diesem entfällt der Grund wieder dann, wenn mit Bestimmtheit vorauszusehen ist, daß ein anderer die

[15]) Vgl. OLG Dresden in OLGR 3, 286, OLG Stuttgart in Bl. f. RA. 1906, 612 u. a.

[16]) Schollmeyer zu § 343, Anm. 2 c.

[17]) OLG Karlsruhe in Bad. Rpr. 1907, 261.

Strafe entrichten werde, z. B. bei Übertretung eines Konkurrenzverbots der neue Prinzipal.[18])

Einer Erörterung bedarf noch die Art der Herabsetzung. Sie bietet keine Schwierigkeit in dem Normalfalle, daß die Strafe in einer Geldsumme besteht. Der Richter wird dann durch Streichung eines Teiles, Ermäßigung des Prozentsatzes, falls etwa die Strafe in Prozenten vom Einkommen des Schuldners berechnet wird,[19]) oder auf ähnliche Weise die Summe kürzen. Ist dies nicht der Fall, so kommt es darauf an, ob die versprochene Leistung ohne Beeinträchtigung ihres Wertes für den Gläubiger teilbar oder ob eine teilweise Entrichtung unmöglich oder für ihn ohne Interesse ist.[20]) Ist sie teilbar, so muß der Richter wie bei Geldstrafen verfahren; sind z. B. Dienstleistungen versprochen, so wird meist die vorgesehene Zeit zu mindern sein. Zweifel bestehen darüber, wie andere Leistungen zu behandeln sind. Manche[21]) halten hier einen richterlichen Eingriff überhaupt für ausgeschlossen. Dieser Standpunkt dürfte indessen den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht werden, da er dem Gläubiger eine Umgehung der Vorschrift leicht macht. Der Wortlaut des § 343 verlangt auch nicht notwendig die Teilbarkeit der Strafe oder gar eine Geldsumme als Voraussetzung des Rechtes auf Ermäßigung, mag auch von einem „Betrage" die Rede sein, auf den die verfallene Strafe herabgesetzt wird. Der Einwand[22]) ferner, die systematische Stellung des § 343 verbiete seine Anwendung auf andere Leistungen als Geldstrafen, ist unrichtig; im Gegenteil, die Stellung hinter § 342 spricht dafür, daß auch die dort genannten Vertragsstrafen der richterlichen Ermäßigung unterliegen.[23]) Über die Durchführung herrscht allerdings Streit.

Vereinzelt[24]) wird die Umwandlung in eine entsprechende Geldstrafe, die dann herabgesetzt werden könnte, also eine condemnatio pecuniaria vorgeschlagen. Damit wird jedoch auf die Interessen des Gläubigers, der vielleicht grade auf die ausbedungene Sache Wert legt, nicht genügend Rücksicht genommen; außerdem kann dem Richter ein so weitgehendes Änderungsrecht höchstens beim Versagen

[18]) Protokolle 785; OLG Dresden in Sächs. Arch. 1904, 249.

[19]) RG in Gruchots Beitr. 51, 948 f.

[20]) Nicht darauf, ob sie in vertretbaren oder unvertretbaren Sachen besteht, wie Kuhlenbeck zu § 343, Anm. 2 angibt.

[21]) Schollmeyer zu § 343, Anm. 1, Rehbein 241, Schneider 261.

[22]) Wirtz 16.

[23]) So auch Seeliger 45; für die Herabsetzbarkeit auch die franz. Praxis, vgl. Sirey zu Art. 1231.

[24]) Wendt 27, Böger 78.

aller andern Mittel zuerkannt werden. In manchen Fällen wird die von Planck[25]) gefundene Lösung am Platze sein, daß die Verpflichtung des Schuldners auf die Leistung eines ideellen Teiles, z. B. auf Übertragung des Miteigentums zu einer angemessenen Quote zu beschränken sei. Mit der Rechtskraft des gegen ihn erlassenen Urteils gilt nach § 894 ZPO die Abtretungserklärung des Schuldners als abgegeben, damit entsteht eine Rechtsgemeinschaft zwischen ihm und dem Gläubiger. Nach Auflösung der Gemeinschaft erhält dieser entweder die ihm zukommende Strafe in Geld, oder er erwirbt die Sache selbst gegen Zahlung des dem Anteil des Schuldners entsprechenden Betrages. Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt nach den gesetzlichen Vorschriften; unhaltbar ist die Ansicht[26]), daß dem Gläubiger nach Ermäßigung der Strafe unmittelbar ein Anspruch auf Leistung der Strafe gegen Empfang der Differenz zwischen ihrem Werte und dem angemessenen Betrage zustehe. Seeliger will dem Gläubiger nach seiner Wahl neben diesem Rechte noch eine Forderung auf angemessene Geldentschädigung zubilligen. Jedoch auch dieser Anspruch findet im Gesetz keine Stütze, da § 343 dem Gläubiger ein Recht auf Änderung des Schuldinhalts nicht verleiht. Von einer facultas alternativa zu seinen Gunsten kann also keine Rede sein.

Häufig wird auch der von Planck gewählte Weg nicht zu einem brauchbaren Ergebnis führen, so z. B. wenn der Schuldner die Herstellung eines bestimmten Gegenstandes oder etwa die Bestellung einer Grunddienstbarkeit als Strafe versprochen hat. In solchen Fällen wollen Planck und Kuhlenbeck die Ermäßigung gänzlich ausschließen, weil dazu keine Mittel mehr zu Gebote stehen. Dieser Auffassung ist auch beizutreten; nur wenn der Schuldner nachweist, daß dem Gläubiger an dem geschuldeten Gegenstande selbst nichts gelegen sei, daß er vielmehr lediglich den Wert in sein Vermögen überführen wolle, wird m. E. die Umwandlung in eine angemessene Geldstrafe zugelassen werden können. In weiterem Umfange dürfte jedoch auch dem Schuldner eine facultas alternativa nicht zu gewähren sein.

2. Das Erlöschen des Rechtes.

Unter den Umständen, die den Untergang des dem Schuldner zugesprochenen Rechtes herbeiführen, steht in erster Reihe die Entrichtung der Strafe. Eigentlich müßte der Schuldner, der bereits erfüllt hat, das Recht behalten,

[25]) Zu § 343, Anm. 4, zustimmend Kuhlenbeck zu § 343, Anm. 2.
[26]) Müller-Meikel 262 und Seeliger 47.

nachträglich Ermäßigung der Strafe zu beantragen und durch eine zwar nicht auf § 817, aber doch auf § 813 BGB gestützte Klage das Zuvielgeleistete zurückzuverlangen; die analoge Anwendung der letzteren Bestimmung wäre unbedenklich, obwohl die Befugnis des Schuldners keine materiellrechtliche Einrede ist. Diese Folge schließt jedoch das Gesetz durch ausdrückliche Vorschrift aus; es läßt mit der Entrichtung das Recht auf Herabsetzung erlöschen. Die Entrichtung einer Vertragsstrafe hat also dieselbe Wirkung, wie die Erfüllung einer verjährten Schuld; der Schuldner kann das gezahlte nicht zurückfordern. Daß in dieser Regelung im Falle des § 343 eine Unbilligkeit gegen den Schuldner liege, wie Hölder[27]) meint, kann nicht zugegeben werden, denn beidemal hat er eine zu Recht bestehende Verbindlichkeit erfüllt. Der Standpunkt des Gesetzes ist vielmehr durchaus zu billigen,[28]) denn wenn der Schuldner eine verwirkte Strafe bezahlt hat, kann man annehmen, daß sie nicht allzu hoch gewesen ist.

Entrichtet wird die Strafe durch Leistung und jedes andere auf diese gerichtete Erfüllungsgeschäft, wie die Annahme an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung durch den Schuldner, wobei ein Irrtum über die Zulässigkeit der Herabsetzung nicht beachtet wird. Geht der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers eine neue Verbindlichkeit ein, indem er durch Schuldversprechen, Anerkenntnisvertrag, Wechsel oder Annahme einer Anweisung zur Zahlung sich verpflichtet, so ist darin gemäß § 364 Abs. 2 BGB keine Leistung an Erfüllungsstatt zu erblicken. Infolgedessen wird auch meist[29]) angenommen, daß der Schuldner damit seines Rechtes nicht verlustig gehe. Den Vertretern dieser Ansicht dürfte indessen nicht beizustimmen sein, denn ebenso wie die Entrichtung, so muß auch jede andere Tilgungshandlung, die erkennen läßt, daß der Schuldner die Strafverpflichtung in vollem Umfange erfüllen wolle, zum Untergange seines Rechtes genügen.[30]) Es wird sogar für ausreichend erachtet werden können, wenn der Schuldner nach Verwirkung der Strafe die Absicht in Form einer bloßen Verzichtserklärung zum Ausdruck bringt. Ein solcher Verzicht kann auch in der teilweisen Entrichtung der Strafe gefunden werden. Es geht jedoch zu weit, nach teilweiser Erfüllung die Herabsetzung immer auszuschließen.

[27]) Buschs Z. 29, 76.
[28]) So auch Geiershöfer 54, Denkschrift 78, Protokolle 786.
[29]) So Burghardt 100, Rehbein 241, Staub zu § 348, Anm. 25, Planck zu § 343, Anm. 5.
[30]) Ebenso Böger 76.

wie Bendix[31]) meint. Vielmehr müssen besondere Umstände die Annahme eines Verzichts des Schuldners rechtfertigen; sonst ist der herrschenden Meinung [32]) zu folgen, welche dem Schuldner sein Recht bis zur vollständigen Zahlung belassen will, da erst dann feststeht, daß die Strafe die angemessenen Grenzen nicht erheblich überschritten hat. Verlangt der Schuldner, nachdem er bereits Abschlagszahlungen geleistet hat, Minderung der Strafe, so müssen bei der Prüfung der Angemessenheit auch die bisher entrichteten Teile in Betracht gezogen werden; es ist nicht etwa nur zu untersuchen, ob die noch geschuldete Summe übermäßig hoch sei.[33]) Stellen die bisherigen Teilleistungen schon eine ausreichende Vergütung für den Gläubiger dar, so ist deshalb der Schuldner von der ganzen Restschuld zu befreien.

Einigkeit herrscht darüber, daß die Entrichtung der Strafe dann unerheblich ist, wenn sie vor der Verwirkung erfolgt ist.[34]) Dies ergibt sich daraus, daß der § 343 im ersten Satze von einer verwirkten Strafe spricht und nach dem Satz 3 nur die Ermäßigung einer solchen Strafe nach der Entrichtung ausgeschlossen ist. Wenn z. B. eine Kaufschuld in Teilen getilgt werden soll und vereinbart ist, daß der Gläubiger im Falle einmaligen oder wiederholten Zahlungsverzuges zurücktreten und die gezahlten Raten als Vertragsstrafe behalten dürfe, der Schuldner also seines Rückforderungsrechtes aus § 346 BGB verlustig gehen solle, so ist nach Verfall der gezahlten Summe eine Ermäßigung noch möglich.[35]) Die Regel ist vor allem bei Abzahlungsgeschäften, wo ein derartiges Abkommen nicht selten ist, von Bedeutung. Wie die zu einem anderen Zwecke als der Erfüllung des Strafversprechens erfolgte Zahlung ist auch eine Leistung zu beurteilen, die nicht in Anerkennung der Verpflichtung geschehen ist. Erfüllt der Schuldner unter Vorbehalt seines Rechtes auf Ermäßigung, so steht es ihm weiterhin frei, Herabsetzung der Strafe zu beantragen.[36]) Allerdings wird dies dahin einzuschränken sein, daß der Vorbehalt nur eine angemessene Zeit seine Wirkung be-

[31]) S. 310.

[32]) Planck a. a. O., Schollmeyer zu § 343, Anm. 2 d, Örtmann zu § 343, Anm. 5 u. a.

[33]) RG in Gruchots Beitr. 51, 948 f.

[34]) So Dernburg § 102, Anm. 9, Rehbein 241, Neumann zu § 343, Anm. 3.

[35]) Kammergericht in OLGR 6, 232 u. RG im Recht 1908 II, 950.

[36]) Ebenso z. B. Bendix, Schollmeyer, Rehbein, Planck und Örtmann a. a. O.

hält.[37]) Ob der Gläubiger eine ihm unter Vorbehalt angebotene Erfüllung entgegennehmen muß, um nicht in Annahmeverzug zu kommen, ist eine andere Frage, die über den Rahmen dieser Arbeit hinausgeht. Nimmt er sie in Empfang, so erwächst aber dem Schuldner daraus nicht[38]) kraft Vertrages ein Anspruch gegen den Gläubiger, die Strafe zu mindern. Es ist nicht recht einzusehen, weshalb sich das Wesen des im § 343 vorgesehenen Rechtes ändern sollte; eine dahingehende Absicht der Parteien wird sich doch selten begründen lassen.

Das Recht des Schuldners erlischt endlich durch Erfüllung nur dann, wenn er freiwillig geleistet hat. Keine Entrichtung liegt deshalb vor, wenn sich der Gläubiger durch Zwangsvollstreckung auf grund einer vollstreckbaren Urkunde oder eines vorläufig vollstreckbaren Urteils befriedigt hat, oder wenn der Schuldner gezahlt hat, um einer drohenden Zwangsvollstreckung zu entgehen. Das Recht auf Ermäßigung ist gegenüber vollstreckbaren Urkunden durch Vollstreckungsgegenklage, gegen Versäumnisurteile im Wege des Einspruchs, gegenüber anderen Urteilen durch Berufung geltend zu machen. Neben der Berufung ist eine Klage aus § 767 ZPO nie zulässig, denn diese hat zur Voraussetzung, daß die Einwendung erst nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist. Das ist aber unmöglich, da für die Angemessenheit der Strafe grade die Sachlage zu jener Zeit entscheidet. Viel weniger kann der Schuldner nach Rechtskraft des Urteils Herabsetzung der eingeklagten Strafe verlangen.[39]) Die entgegengesetzte Ansicht, die von mehreren Schriftstellern[40]) verfochten wird, ist unbegründet; es liegt kein Anlaß vor, den Schuldner hier günstiger zu stellen als in dem ähnlichen Falle, wo er zur Zahlung einer verjährten Schuld rechtskräftig verurteilt ist.

Geht nun auch durch Entrichtung, Verzicht und rechtskräftige Verurteilung das Recht des Schuldners auf Ermäßigung unter, so ist damit doch nicht ausgeschlossen, daß die Höhe der Strafe in anderer Weise berücksichtigt werde. Dies ist vor allem bei Abzahlungsgeschäften möglich, nämlich bei der Festsetzung der Vergütung, die dem Verkäufer gemäß § 2 des Abzahlungsgesetzes für die Überlassung des Gebrauchs oder der Benutzung der Sache zu-

[37]) Böger 76.

[38]) wie Endemann § 133, Anm. 21 behauptet.

[39]) Ebenso Burghardt 100 und Kuhlenbeck zu § 343, Anm. 4.

[40]) Schollmeyer zu § 343, Anm. 2 d, Endemann § 133, Anm. 21, Planck zu § 343, Anm. 1.

steht. Der zu ersetzende Betrag wird niedriger zu bemessen sein, wenn der Verkäufer bereits durch eine hohe Vertragsstrafe im wesentlichen entschädigt ist.[41])

---

§ 4.

Über die Anwendbarkeit des § 343 BGB auf Strafverträge, die

1. vor seinem Inkrafttreten entstanden sind.

Das Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte enthält im § 9 eine Bestimmung, daß das Gesetz nicht solche Abzahlungsgeschäfte in seinen Bereich ziehe, die vor seinem Inkrafttreten abgeschlossen seien. Für die übrigen Verträge fehlt es im Einf. Ges. zum BGB an einer solchen, den § 343 ergänzenden Vorschrift. Die überwiegende Ansicht will deshalb den § 343 nicht auf solche Rechtsgeschäfte anwenden, die vor seinem Inkrafttreten zu stande gekommen sind; man beruft sich auf den Artikel 170 EGBGB, wonach die Wirkungen eines unter der Herrschaft des alten Rechts begründeten Schuldverhältnisses durch das damals geltende Recht bestimmt werden. Die Frage ist noch heute von Bedeutung, da besonders in langfristigen Dienstverträgen und Verträgen auf wiederkehrende Leistungen Vertragsstrafen vereinbart werden und die Abreden vielfach in die Zeit vor dem 1. Januar 1900 zurückreichen.

Gegen die herrschende Meinung läßt sich nicht einwenden,[1]) daß das Recht des Gläubigers auf die Vertragsstrafe erst mit ihrem Verfall, nicht schon mit der Abgabe des Versprechens zur Entstehung gelange, denn ein bedingtes Rechtsgeschäft kommt mit dem Abschluß, nicht erst mit dem Eintritt der Bedingung zur Vollendung. Der Zweck des § 343 ist jedoch in erster Linie gar nicht der, gegen das Versprechen übermäßiger Strafen einzuschreiten; der Abschluß des Strafvertrages ist nicht die

[41]) Hausmann zu § 4, Anm. 8, Hoffmann-Wilke zu § 4, Anm. 3.

[1]) mit dem LG Eisenach im Gew.G. 1903, 27; zutreffend ERG 53, 421 und OLG Colmar in Els. L. Z. 1908, 130.

Tatsache, an die hier eine Wirkung geknüpft wird. Es sieht auch wohl niemand eine Unbilligkeit darin, daß der Gläubiger sich eine solche Zusicherung geben läßt, um den Schuldner um so wirksamer zur Innehaltung des Vertrages anzuspornen. Eine zu empfindliche Härte kann es aber sein, wenn der Gläubiger seine Drohung, den seinen Pflichten nicht nachkommenden Schuldner wirtschaftlich zu vernichten, auch in vollem Umfange wahr macht; tatsächlich kommt dies nur in Ausnahmefällen vor. Dann soll dem Schuldner die Möglichkeit geboten sein, eine Prüfung darüber herbeizuführen, ob im Hinblick auf seine Verfehlung die Strafe ihn doch nicht zu schwer treffe. Daß er nur vor der Einforderung der übermäßigen Strafe geschützt werden solle, war auch die Absicht der zweiten Kommission,[2]) die die Bestimmung in den Entwurf einfügte, und die Fassung des Gesetzes bringt gleichfalls zum Ausdruck, daß lediglich die Geltendmachung des vollen Betrages verhindert werden soll.

Diesem Grundgedanken würde es entsprechen, daß das Recht des Schuldners auf Herabsetzung der unverhältnismäßig hohen Strafe mit ihrer Einforderung entstehe und demgemäß § 343 zur Anwendung komme, wenn diese das Recht begründende Tatsache in seine Geltungszeit fällt. Das Gesetz geht indeß einen Schritt weiter und begnügt sich mit der Verwirkung der Strafe als Voraussetzung für den Antrag des Schuldners auf Minderung; es ermächtigt ihn also, der Einklagung der ganzen Strafe durch selbständiges Vorgehen gegen den Gläubiger vorzubeugen. Da somit § 343 Rechtsfolgen bereits an die Tatsache der Verwirkung knüpft, so muß zu seiner Anwendung verlangt werden, daß schon die Zuwiderhandlung in die Zeit nach seinem Inkrafttreten erfolgt sei. Eine vor diesem Zeitpunkt verfallene Strafe kann, falls nicht andere Gesichtspunkte eingreifen, nur nach altem Recht, eine später verwirkte Strafe jedoch ohne Rücksicht auf die Zeit ihrer Zusicherung vom Richter ermäßigt werden.[3])

Dieses Ergebnis stimmt auch mit der Ansicht von Langheineken[4]) überein. Unrichtig ist aber seine Begründung, daß § 343 BGB eine prozeßrechtliche Vorschrift sei, denn wenn dem Schuldner das oben näher erörterte Recht verliehen ist, ein konstitutives, die Strafe minderndes Urteil zu erwirken, so ist damit nur über den Umfang der

[2]) Protokolle 784; vgl. auch Planck zu § 343, Anm. 2 und Langheineken, Urteilsanspr. 231.

[3]) Ähnlich Rehbein 243.

[4]) Urteilsanspruch 232.

Forderung des Gläubigers eine Norm geschaffen, die dem materiellen Rechte angehört und in keiner Weise auf das Gebiet des Prozeßrechtes übergreift. Unhaltbar ist auch die Begründung des OLG Hamburg[5]), daß das Gericht die neu erworbene Befugnis, in das Schuldverhältnis der Parteien umgestaltend einzugreifen, als ein Attribut der Gerichtsbarkeit sofort zur Geltung zu bringen habe, sobald es um Ermäßigung einer verwirkten Strafe angegangen werde. Wenn dem Gericht die Macht eingeräumt wird, den Inhalt eines Rechtsverhältnisses zu ändern, so folgt daraus nicht, daß eine solche Bestimmung uneingeschränkt ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses zur Anwendung kommen soll; einen Rechtssatz dieses Inhalts gibt es nicht.

Die oben vertretene Ansicht stützt sich auf die Annahme, daß das Recht des Schuldners anzusehen sei als eine Folge der Verwirkung der Strafe, also der für ihn erwachsenen Gefahr, auf Zahlung des vollen Betrages belangt zu werden. Wer es dagegen für eine Wirkung der Strafabrede hält, ist vor die Frage gestellt, ob § 343 rückwirkende Kraft besitzt, d. h. auch die nicht unter seiner Herrschaft versprochenen Strafen ergreift. Für die Entscheidung dieser Frage bietet das Gesetz keinerlei Anhalt; bei den Beratungen scheint sie gar nicht erörtert worden zu sein. Vereinzelt[6]) wird sie aus dem Grunde bejaht, weil es sich um eine Bestimmung öffentlichrechtlicher Art handle. Darin liegt jedoch eine Verwechslung mit zwingenden Rechtssätzen. Aus dem Grundsatz des römischen Rechts „ius publicum privatorum pactis mutari non potest" zieht man fälschlich den Schluß, daß Vorschriften, die die Befugnis zu eigenmächtiger Gestaltung eines Rechtsverhältnisses nicht gewähren, ausnahmslos öffentlichrechtliche seien. Aus der zwingenden Natur allein folgt aber noch nicht die Rückwirkung eines Rechtssatzes. Verneint wird sie vom Reichsgericht,[7]) und zwar deshalb, weil der § 9 des Abzahlungsgesetzes, das dem BGB als Muster gedient hat, sich dagegen ausgesprochen habe und das Bedürfnis einer Ausdehnung der Bestimmung auf ältere Rechtsgeschäfte damals noch dringender gewesen sei, als bei Inkrafttreten des § 343. Indeß läßt sich aus dem genannten § 9 ebenso gut das entgegengesetzte Ergebnis ableiten: wenn das Gesetz es für

[5]) Hans. G. Z. 1900, 82.

[6]) OLG Hamburg in Jur. Z. 1902, 278 und LG Eisenach im Gew. G. 1903, 27.

[7]) Jur. W. 1900, 855.

nötig befunden hat, durch besondere Vorschrift die Rückwirkung des mit dem heutigen § 343 BGB übereinstimmenden § 4 auszuschließen, so ist damit anerkannt, daß sie ohnedem stattfinden würde; mangels einer solchen Bestimmung im Einf. Ges. zum BGB muß darum dem § 343 rückwirkende Kraft beigelegt werden. Erheblichen Wert besitzt freilich auch dieser Schluß nicht, denn § 9 kann lediglich deshalb aufgenommen sein, um einen Zweifel unmöglich zu machen. Es bedarf aber gar nicht einer ausdrücklichen Erklärung des Gesetzes, daß es mit rückwirkender Kraft ausgestattet sein solle. Vielmehr kommt es auf die Bedeutung an, die der Bestimmung aus Gründen der Sittlichkeit und des Gemeinwohls innewohnt. Die Meinungen darüber sind bezüglich des § 343 BGB geteilt. Habicht[8]) hält ihn für so wichtig, daß er ihn sogar auf solche Strafansprüche zur Anwendung bringen will, die bei Inkrafttreten der Vorschrift bereits rechthängig geworden sind, wenn sie nur nicht rechtskräftig entschieden oder in die Revisionsinstanz gelangt sind. Aus dem gleichen Grunde läßt Kuhlenbeck[9]) Rückwirkung eintreten, selbst wenn die Zuwiderhandlung schon vor der Herrschaft des neuen Rechts erfolgt ist, das LG Eisenach[10]) unter der Bedingung, daß wenigstens diese in die Geltungszeit des BGB fällt. Mit der Mehrzahl der Schriftsteller[11]) und Gerichte[12]) wird aber wohl anzunehmen sein, daß die Bestimmung trotz ihres sozialpolitischen Inhalts doch nicht von so wesentlicher Bedeutung für das Erwerbsleben ist, daß eine Rückwirkung genügend gerechtfertigt wäre. Für die einfachen Fälle des § 343 dürfte sie entbehrlich sein, für die krasseren greift § 138 BGB ein, der zweifellos auch Rechtsgeschäfte aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 in seinen Bannkreis zieht.[13])

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist also dahin zusammenzufassen, daß zwar eine nach Inkrafttreten des § 343 verfallene Strafe unter den gesetzlichen Voraussetzungen stets ermäßigt werden kann, daß dies aber man-

[8]) 238, 239.

[9]) Zu § 343, Anm. 8.

[10]) Gew.G. 1903, 27.

[11]) Lehmann, Z. f. HR. 1899, 32 f., Örtmann zu § 343, Anm. 10, zweifelnd Enneccerus § 261, Anm. 20.

[12]) OLG Kassel in Jur. Z. 1900, 304; OLG Karlsruhe im Recht 1901, 468; OLG Frankfurt im Recht 1902, 208; OLG Stuttgart in Württ. J. 1904, 144 f.; ERG 53, 421; OLG Hamburg in Hans. G. Z. 1904, 304; OLG Braunschweig im Recht 1904, 334; OLG Colmar in Els. L. Z. 1908, 130.

[13]) RG in Gruchots Beitr. 53, 404.

gels rückwirkender Kraft der Bestimmung bei einer vor jenem Zeitpunkt verwirkten Strafe nicht mehr möglich ist.

In diesem Zusammenhange soll noch eine ähnliche Frage behandelt werden. Oben ist erwähnt, daß von dem Grundsatz des § 343 BGB eine Ausnahme gemacht wird, wenn der Schuldner Vollkaufmann ist. Es entsteht die Frage, welchen Einfluß ein Wechsel dieser Eigenschaft in der Zeit zwischen dem Versprechen und der Verwirkung der Strafe auf die Anwendbarkeit des § 343 hat. Die Antwort ergibt sich aus § 348 HGB, wo ausdrücklich angeordnet ist, daß der Schuldner bei Abgabe des Strafversprechens Vollkaufmann sein muß, um des Rechtes auf Ermäßigung der Strafe verlustig zu gehen.[14]) Ebenso wird § 8 des Abzahlungsgesetzes auszulegen gewesen sein, obwohl er sich etwas unbestimmter dahin ausspricht, daß eine Minderung der Strafe dann nicht stattfinde, wenn der Empfänger der Ware als Vollkaufmann in das Handelregister eingetragen sei. Da wir die Herabsetzbarkeit der im Statut einer Aktiengesellschaft festgesetzten Strafen verneint haben, so erübrigt sich eine Prüfung der Frage, welche Bedeutung dem Übergang einer Aktie von einem Vollkaufmann auf eine Person, die diese Eigenschaft nicht besitzt, oder umgekehrt zukommt. Die Gegner unserer im ersten Abschnitt ausgeführten Ansicht nehmen mit Recht an, daß nicht die Person des ersten Zeichners, sondern des die Verwirkung herbeiführenden Aktionärs maßgebend sei, denn durch die Umschreibung im Aktienbuch tritt der Erwerber in ein selbstständiges Schuldverhältnis zur Gesellschaft, das gänzlich aus seiner Person zu beurteilen ist.[15])

2. nach ausländischem Recht geschlossen sind.

Unterliegt ein unter der Herrschaft des ausländischen Rechts geschlossener Strafvertrag der Beurteilung eines deutschen Richters, so hat dieser grundsätzlich ausländisches Recht anzuwenden, mag es auch zu dem unserigen in Widerspruch stehen. Indeß ähnlich wie der Vertragsfreiheit der Bürger eines Staates durch das Gesetz gewisse Grenzen gezogen sind, so muß unter Umständen auch das fremde Recht sich eine Einschränkung gefallen lassen und dem inländischen weichen. In welchem Umfange dies zu geschehen hat, kann jeder Staat nach seinem Belieben an-

[14]) So auch RG im Recht 1908, Z. 478.

[15]) Lehmann, Recht der A. G. 392, Staub zu § 218, Anm. 7; dagegen Pinner zu § 218, II 2 b.

ordnen. In der Regel fehlen darüber eingehende Vorschriften; bei vielen Normen des heimischen Rechts ist deshalb streitig, ob sie auch auf Rechtsverhältnisse anzuwenden seien, die auf grund der Bestimmungen des internationalen Privatrechts im übrigen nach ausländischem Recht zu beurteilen sind. Auch bezüglich des § 343 BGB bestehen solche Zweifel, d. h. darüber, ob die Herabsetzung einer verwirkten Vertragsstrafe zulässig sei, wenn ein zuständiges deutsches Gericht darum angegangen wird. Die Frage ist jedenfalls nicht schon deshalb zu bejahen, weil die Herabsetzung der Strafe durch vorgängige Vereinbarung der Parteien nicht ausgeschlossen werden kann, der § 343 also zwingendes Recht enthält,[16]) denn wenn dieser Grund stichhaltig wäre, würde außerhalb des Gebietes der Schuldverhältnisse ausländisches Recht fast nie zur Anwendung kommen. Ebensowenig trifft die Auffassung des OLG Hamburg[17]) zu, daß lediglich deshalb, weil durch § 343 dem Gericht die Befugnis eingeräumt ist, in bestehende Schuldverhältnisse abändernd einzugreifen, es nun auch verpflichtet sei, von ihr unter allen Umständen Gebrauch zu machen.

Eine Richtschnur für die Beantwortung der vorliegenden Frage bietet allein Artikel 30 des Einf. Ges. zum BGB; er lautet:

Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde.

Das Gesetz verwirft mit diesem Satze die früher weit verbreitete Theorie, daß heimische Prohibitivgesetze dem ausländischen Recht stets vorgingen, eine unhaltbare Ansicht, da sie z. B. eine im Auslande ordnungsmäßig in kirchlicher Form geschlossene Ehe in Deutschland nicht als rechtsgültig anerkennen könnte.[18]) Will man also den § 343 BGB unter die Gruppe der Prohibitivgesetze zählen, so rechtfertigt das noch nicht seine Anwendung auf einen nach fremdem Recht zustande gekommenen Strafvertrag.

Daß in der Aufrechterhaltung eines solchen Vertrages selbst nach Verwirkung einer unverhältnismäßig hohen Strafe, vor allem in ihrer Einforderung ein Verstoß gegen die guten Sitten liege, wird man nicht behaupten können; so schweren Tadel verdient das bei Nichtberücksichtigung des § 343 erzielte Ergebnis nicht. Dagegen läßt sich nicht bezweifeln, daß der dem § 343 zugrunde liegende

[16]) wie Rehbein 243 anzunehmen scheint.
[17]) OLGR 6, 231.
[18]) Vgl. Kahn 15.

Zweck verfehlt würde. Wollte man aber den Artikel 30 so weit auslegen, wie es der Wortlaut zuläßt, dann würde das fremde, vom heimischen abweichende Recht niemals zur Geltung gelangen, denn jedes Gesetz verfolgt einen bestimmten Zweck. Andrerseits kommen auch nicht nur die lois d'ordre public der romanischen Schule in Betracht, worunter man diejenigen Gesetze verstand, welche besonders eng mit den Lebensinteressen der Gesellschaft verwachsen sind und die Grundlagen des Staates berühren.[19]) Zu diesen gehört § 343 außerdem nicht; der Bestand des Gemeinwesens wäre nicht gefährdet, wenn man die Anwendung der Bestimmung auf Inlandsverträge beschränkte. Maßgebend ist vielmehr im Einzelfalle, ob die Anwendung des fremden Rechts dem Sinn und Geist unserer Rechtsordnung entspricht, oder ob etwa anzunehmen ist, das deutsche Recht wolle seinen Zweck ohne Rücksicht auf widerstreitende Grundsätze des ausländischen durchsetzen.[20]) Dabei ist festzuhalten, daß letzteres als Ausnahme betrachtet werden muß. Die Entscheidung ist im vorliegenden Falle recht zweifelhaft; aber ebenso wie nach der in Theorie und Praxis überwiegenden Ansicht für die Rückwirkung des § 343 hinreichende Anhaltspunkte fehlen, wird man auch die Ausdehnung der Vorschrift auf Verträge, die nach ausländischem Rechte abgeschlossen sind, verneinen müssen.[21]) Das Reichsgericht hat zu der Frage bisher nicht Stellung genommen.

---

[19]) Kahn, 60; ähnlich noch ERG 60, 299 f.

[20]) Vgl. Kahn 75.

[21]) Ebenso Örtmann zu § 343, Anm. 10, dagegen Kuhlenbeck zu § 343, Anm. 8 und Enneccerus § 261, Anm. 20.

Schluß.

Ausdehnung des § 343 Abs. 1 BGB auf verwandte Fälle.

In den bisherigen Ausführungen sind die Regeln über die Herabsetzung von Vertragsstrafen auf der Grundlage des § 343 Abs. 1 BGB entwickelt. Es bleibt nunmehr noch unter Berücksichtigung des der Vorschrift zu grunde liegenden Zwecks zu prüfen, in wie weit sie einer Ausdehnung auf angrenzende Gebiete fähig ist. In erster Linie wird eine entsprechende Anwendung auf die Draufgabe für zulässig erachtet werden müssen. Diese ist mit der Vertragsstrafe in einem Abschnitte behandelt, sie verfolgt, da sie im geltenden Recht auch als arrha poenalis gilt, denselben Zweck wie die Vertragsstrafe und unterscheidet sich von ihr nur dadurch, daß sie beim Abschluß des Hauptvertrages dem Gläubiger übergeben, die Vertragsstrafe dagegen vom Schuldner versprochen wird. Die Lage des Schuldners ist in beiden Fällen die gleiche; tatsächlich ist auch die Draufgabe eine Strafe und eine gleiche Beurteilung hinsichtlich des Ermäßigungsrechtes schon zur Verhütung von Umgehungen notwendig.[1]) Goldmann - Lilienthal[2]) will die analoge Anwendung lediglich unter der Bedingung gestatten, daß die Form des Angeldes zur Umgehung des § 343 gewählt ist; eine solche Beschränkung dürfte jedoch nicht erforderlich sein. Mit Rücksicht auf die nahe Verwandtschaft der Draufgabe mit der Vertragsstrafe hat man auch in der zweiten Kommission von der Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung für die Draufgabe abgesehen.[3])

Ähnlich ist ferner die Rechtslage beim Reugeld, mag dieses nun als arrha poenitentialis beim Abschluß des Vertrages dem Gläubiger ausgehändigt oder wie die Vertragsstrafe nur versprochen worden sein. Der häufig gebrauchte

[1]) Ebenso Schollmeyer zu § 338, Anm. 3.
[2]) § 100 Anm. 3.
[3]) Protokolle 775.

Ausdruck „Wandelpön" deutet darauf hin, daß wir es auch hier mit einer Strafe zu tun haben. Das Reugeld wird zudem ebenso wie die Vertragsstrafe vom Schuldner für den Fall versprochen, daß er seine Verpflichtung nicht oder anders als in der vereinbarten Weise erfülle. Bei näherer Betrachtung ergeben sich jedoch wesentliche Unterschiede. Der Schuldner, der bei Nichterfüllung des Vertrages eine Vertragsstrafe zugesagt hat, kann nach ihrer Verwirkung nach Wahl des Gläubigers zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder zur Zahlung der Strafe angehalten werden; ist sie wegen nicht gehöriger Erfüllung verfallen, so muß er sogar neben der Entrichtung der Strafe seinen Verpflichtungen nachkommen. Die Verwirkung der Strafe hat also nie das Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge. Hat der Schuldner dagegen ein Reugeld versprochen, so wird er durch dessen Erlegung von der Erfüllung der Hauptschuld ganz oder teilweise frei, und der Gläubiger geht insoweit seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig. Der Schuldner hat sich ein Recht zu vertragswidrigem Verhalten ausbedungen, das Reugeld kann deshalb nicht eine Strafe genannt werden. Da die Abrede lediglich in seinem Interesse getroffen ist und der Verfall des Reugeldes allein von seinem freien Willen abhängt, so greift auch der vom Gesetz verfolgte Zweck, den wirtschaftlich schwachen Schuldner vor Ausbeutung zu schützen, hier nicht Platz. Wenn der Schuldner das Reugeld wählt, wird es schon nicht zu hoch bemessen sein und für ihn ein geringeres Opfer darstellen, als wenn er bei dem Hauptvertrage stehen bliebe. Gleichgültig ist aber, ob dieser für ihn Härten enthält, denn dagegen will § 343 ihm keinen Schutz gewähren. Eine Herabsetzung des Reugeldes auf grund des § 343 ist demnach ausgeschlossen.[4]) Im Gesetz ist auch der Unterschied des Reugeldes von der Vertragsstrafe dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es nicht in dem Abschnitt über die Draufgabe und Vertragsstrafe, sondern in dem Titel über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht behandelt wird.[5])

Ob nun ein Reugeld oder eine Vertragsstrafe den Gegenstand der Nebenabrede bildet, läßt sich nicht immer leicht entscheiden. Wird für den Fall des Rücktritts einer Partei eine Strafe versprochen, dann wird meistens ein Reuvertrag vorliegen;[6]) die für die Entschädigungssumme ge-

[4]) Ebenso die herrschende Meinung in Theorie und Praxis, vgl. Obertribunal in Gruchots Beitr. 2, 156 f., RG in ERG 43, 280 und Jur. W. 1902, Beil. 196; abweichend Cosack 393.

[5]) § 359 BGB.

[6]) Vgl. z. B. RG in Gruchots Beitr. 39, 902, 903.

wählte Bezeichnung ist natürlich für die rechtliche Beurteilung nicht maßgebend. Ein Reuvertrag wird vielfach auch dann anzunehmen sein, wenn sich in der vereinbarten Strafe das Erfüllungsinteresse des Gläubigers erschöpft;[7]) freilich ist dies durchaus nicht immer der Fall, wie das Reichsgericht[8]) irrtümlich im Gegensatz zu Eccius angibt. Heute ist jedoch, wenn die Parteiabsicht ungewiß bleibt, der Vertrag in entgegengesetztem Sinne auszulegen, denn die Bestimmung des § 336 Abs. 2, daß die Draufgabe im Zweifel nicht als Reugeld anzusehen sei, kann bei der nahen Verwandtschaft der Draufgabe mit der Vertragsstrafe unbedenklich auch auf das Versprechen einer Leistung bei nicht ordnungsmäßiger Erfüllung angewandt werden. Das Wahlrecht steht also im Zweifel dem Gläubiger zu.

Eine ausdrückliche Erweiterung des richterlichen Ermäßigungsrechtes über das Gebiet der mit einem Hauptvertrage verbundenen Strafe hinaus findet sich im Absatz 2 des § 343 BGB. Hier ist die Herabsetzung auch dann für zulässig erklärt, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornehme oder unterlasse, ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein. Ein Schuldverhältnis ist diesem selbständigen Strafvertrage vielfach deshalb nicht zu grunde gelegt; weil es keinen oder, wie das Recht auf eine Unterlassung, keinen ausreichenden Rechtsschutz genießt; in solchen Fällen[9]) bietet das Strafversprechen einen Ausweg, den Schuldner zur Erfüllung anzuhalten. Zugleich wird der Richter der mitunter schwierigen Prüfung überhoben, ob eine rechtliche Verpflichtung vorliegt, denn ob durch eine soziale Norm, insbesondere einen Rechtssatz, oder nur durch die Scheu vor der Verwirkung der Strafe eine Bindung des freien Willens des Versprechenden herbeigeführt wird, kann dahingestellt bleiben. Vor allem wäre aber ohne den Absatz 2 des § 343 eine Umgehung des Absatzes 1 dadurch möglich, daß die Parteien lediglich einen Strafvertrag schließen, ohne durch eine besondere Vereinbarung eine Rechtspflicht des Schuldners zu dem angestrebten Verhalten zu schaffen; dem will das Gesetz entgegentreten. Da die Bestimmung des Absatz 2 somit eine Verallgemeinerung der im Absatz 1 ausgesprochenen Regel enthält, so ist auch anzunehmen, daß die dort erwähnte Strafe nur im Wege eines Vertrages versprochen werden kann und daß die Vor-

[7]) Vgl. RG bei Bolze 18, 350.

[8]) ERG 43, 281.

[9]) Ausnahme im § 344 BGB.

aussetzungen der Verwirkung mangels anderweitiger Abrede die gleichen sind, wie bei der Vertragsstrafe.[10])

Der Strafvertrag hebt sich von der Gruppe der gewöhnlichen bedingten Versprechen durch besondere Merkmale ab. Eine solche Eigenart wird ihm hauptsächlich dadurch verliehen, daß die versprochene Leistung als Strafe für ein bestimmtes Verhalten des Schuldners bezeichnet ist. Aus diesem Ausdruck erhellt, daß das Interesse des Gegners in erster Linie an dem Tun oder Lassen des Schuldners, also an dem Nichteintritt der Bedingung haftet und die Strafe ausbedungen sein muß, um ihn zur Vornahme der erstrebten oder zur Unterlassung der nicht gewünschten Handlung zu bewegen. Nur dann ist eine Zuwiderhandlung des Schuldners möglich, welche, wie aus § 339 BGB hervorgeht, die Voraussetzung für die Verwirkung der Strafe bildet. Ist das als Bedingung gesetzte Verhalten des Schuldners dem Gläubiger ganz gleichgültig und ist er nur an der Strafleistung interessiert, so fällt der Vertrag ohne Rücksicht auf den von den Parteien gewählten Ausdruck nicht unter § 343 Abs. 2.[11])

Die Strafe muß ferner an eine Handlung oder Unterlassung des Versprechenden selbst geknüpft sein. Entscheidet das Verhalten eines Dritten oder ein äußeres Ereignis über den Verfall, dann kann § 343 ebenfalls nicht zur Anwendung kommen. Häufig müssen nun die persönlichen Bemühungen des Schuldners mit Handlungen Dritter oder andern Umständen zusammentreffen, um die Verwirkung der Leistung abzuwenden. In solchen Fällen ist maßgebend, ob die Parteien auf eine bestimmte Tätigkeit des Versprechenden hinwirken wollen. Wenn sie diesen Zweck nicht im Auge haben, die Leistung vielmehr von dem Eintritt eines der Einwirkung des Schuldners im wesentlichen entzogenen Zufalls abhängt, haben wir es mit einem Strafvertrage nicht mehr zu tun. Den Beweis, daß auf einen Vertrag die genannten Voraussetzungen des § 343 zutreffen, hat auch hier der Schuldner zu führen, der die Ermäßigung der Leistung beantragt.[12])

Vereinzelt wird vorgeschlagen, die Grenzen des richterlichen Minderungsrechtes nicht so eng zu ziehen, wie es hier geschehen ist, sondern die Vorschrift auf andere be-

[10]) Matthiaß 222.
[11]) Wendt 17, Matthiaß 222.
[12]) Wendt 13, Böger 27.

dingte Verträge auszudehnen. Schneider[13]) und im Anschluß an ihn Kuhlenbeck[14]) wollen die Herabsetzung der Strafleistung vor allem auch dann zulassen, wenn diese für eine Handlung oder Unterlassung eines Dritten, die der Versprechende gesetzlich nicht zu vertreten braucht, zugesagt ist. In den von Schneider angeführten Beispielen kann allerdings zweifelhaft sein, ob sie nicht unmittelbar unter § 343 Abs. 2 fallen. Wenn z. B. in einem Viehversicherungsvertrage ausgemacht ist, daß der Versicherungsnehmer einen bestimmten Betrag zahlen solle, wenn das versicherte Vieh durch Verschulden einer Person eingehe, der er es anvertraut habe, so geht der Zweck einer solchen Abrede vielleicht in erster Linie dahin, den Versprechenden zu gründlicher Beaufsichtigung und Sorgfalt bei Annahme seines Gesindes anzuspornen. Denken die Parteien zur Hauptsache hieran nicht, dann kann freilich nur eine analoge Anwendung des § 343 Abs. 2 in Frage kommen. Bei Abfassung des Gesetzes hat man nun ohne Zweifel das Ermäßigungsrecht bei bedingten Verträgen mit vollem Bewußtsein auf die im § 343 bezeichneten Fälle beschränkt; man wollte eine Ausnahmeregel aufstellen und nur dringenden Bedürfnissen abhelfen. Die Entstehungsgeschichte spricht also gegen die Ausdehnung. Bedenkt man ferner, welche Unsicherheit durch solche Bestimmungen in das Verkehrsleben hineingetragen wird, so erscheint es doch sehr fraglich, ob die Herabsetzung fälliger Leistungen in weiterem Umfange wünschenswert ist, als es die wohlerwogene Fassung des Gesetzes erlaubt. Viel zu weit geht jedenfalls Schneider,[15]) wenn er ausführt, auch die Zusage des Schuldners, er zahle 300 Mark, falls es an einem bestimmten Tage regne, unterliege der Beschränkung des § 343. Ebensowenig gibt aber bei anderen, vom § 343 nicht unmittelbar betroffenen bedingten Verträgen eine bloße Übervorteilung des Schuldners hinreichende Veranlassung, das dem Gläubiger auf grund eines gültig abgeschlossenen Vertrages zustehende Recht zu schmälern. Unter gewöhnlichen Umständen ist auch bei bedingten Verträgen von jedem zu verlangen, daß er sich über die Tragweite einer Verpflichtung, die er übernehmen will, Klarheit verschaffe, denn grundsätzlich muß festgehalten werden an der alten Forderung des römischen Rechts:

pacta sunt servanda.

[13]) S. 262 f.
[14]) Zu § 343, Anm. 2.
[15]) S. 263, 264.